Germany

Herrn Kollegen Prof. Dr. Landberg mit freundl. Gruß W. M.

Herrn
Geheimen Justizrat und Professor

Dr. Albert Friedrich Berner,

in Berlin

bringt zur Feier

seines fünfzigjährigen Doktorjubiläums
am 2. Juli 1892

ihre Glückwünsche dar

die Juristenfakultät in Tübingen.

Beigefügt ist eine Abhandlung

über den Anfang der Ausführung
(eine strafrechtliche Untersuchung)

von

Dr. Hugo Meyer

sowie eine Abhandlung über

die Strafrechtstheorien Kants und seiner Nachfolger
im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie

von

Dr. Hermann Seeger.

Tübingen 1892.
Gedruckt bei H. Laupp jr.

JULY 15 - 1932

Der Anfang der Ausführung.

Von

Hugo Meyer.

1

I.

„Es liegt in der Natur der Anfänge, sich dem Auge des Beobachters leicht zu entziehen". Diese gewiß sehr richtige Bemerkung unseres verehrten Altmeisters [1]) findet durch mannigfache Beispiele aus der Natur und dem Menschenleben Bestätigung. Wenn die Sonne aufgeht, wer will sagen, in welchem Augenblicke es Tag wird? Wenn sie sinkt, wer will sagen, in welchem Augenblicke die Nacht hereinbricht? Wenn der Mensch heranwächst, mit welchem Tage hat er (abgesehen von den gesetzlichen Altersstufen) als erwachsen zu gelten? Wo ist der Uebergang vom Kinde zum Jünglinge, vom Jünglinge zum Manne, vom Manne zum Greis? Und wo ist (abgesehen wiederum von ausdrücklichen Vorschriften) der Uebergang von einer Anzahl von Personen oder Gegenständen zu einer „Menge", von einem Dorfe zu einer Stadt, von einem ackerbauenden Orte zu einer Fabrikstadt, von einer Völkerschaft zu einer Nation? Ueberall ein unmerkliches Zurücktreten des Einen und unmerkliches Auftauchen des Andern. Jetzt kann man noch sagen, daß es Tag ist, dann folgt eine Zeit des Zweifels, bis es endlich unzweifelhaft Nacht geworden ist. Jetzt kann man noch sagen, daß man einzelne Personen vor sich hat, — es treten einige hinzu, man ist zweifelhaft; dann noch einige, und plötzlich ist man gewiß, nicht mehr einzelnen Personen, sondern einer „Menge" gegenüberzustehen. Noch vor drei Jahren meinte man, der Ort X. sei eine Ackerstadt,

1) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1. Auflage Leipzig 1857 S. 154, 16. Auflage Leipzig 1891 S. 139.

jetzt redet man schon von einem Uebergange zur Fabrikstadt, und wenn noch drei, vier Fabriken gebaut sein werden, wird Niemand zweifeln, daß er es mit einem Fabrikorte zu thun hat; Niemand aber wird auch sagen können, in welchem Jahr oder gar an welchem Tage diese Veränderung eintrat.

Alles das ist ebenso häufig, wie der Regel nach ohne Bedenken und Nachteil. Niemand zwingt uns für gewöhnlich genau zu unterscheiden, ob es noch Nacht oder schon Tag ist, ob der Betreffende ein Knabe oder Jüngling ist, ob Einzelne versammelt sind oder eine Menge, ob wir einen Ort als eine Ackerstadt oder als einen Fabrikort ansehen sollen. Anders freilich, wenn äußere Folgen von dieser Unterscheidung abhängen, und vor Allem, wenn wir es sind, von deren Urteil der Eintritt dieser Folgen abhängt. Dann müssen wir uns allerdings entscheiden, was häufig nicht anders als nach allgemeiner Abschätzung und nicht selten nur gefühlsmäßig geschehen kann. Und vor Allem ist dies so, wenn das Recht uns zwingt, eine Unterscheidung zu treffen. Nicht immer und in allen Beziehungen sind vom Recht selbst feste Grenzen gezogen. Nur in einzelnen Beziehungen (für den Eintritt gewisser rechtlicher Folgen) bestimmt das Recht, welche Stunden zur Nachtzeit und welche Stunden zum Tage gerechnet werden sollen (vergl. die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich § 104 Absatz 3), welche Altersstufen getrennt werden sollen, durch welche Einwohnerzahl Dorf und Stadt oder Gemeinden erster, zweiter und dritter Klasse getrennt werden sollen. Sehr oft überläßt aber auch das Recht die Entscheidung einem ungefähren Ermessen, wie dies in mehrfacher Beziehung u. A. mit dem Begriff der Nachtzeit (vgl. das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich § 243 Nr. 7) und dem Begriff der Menge [1]) der Fall ist.

Und zu diesen Beispielen gehört nun auch derjenige Begriff,

---

1) Vgl. jedoch das Lehrbuch des Verfassers 4. Auflage S. 230 f.

mit dessen näherer Bestimmung es diese Abhandlung zu thun hat, nämlich der „Anfang der Ausführung" im Begriffe des Versuchs oder, anders ausgedrückt, die Grenze zwischen den Vorbereitungshandlungen einerseits und dem Versuche andererseits, eine Grenze, von deren Feststellung im einzelnen Falle so sehr vieles abhängig sein kann und deren Bestimmung deswegen den Gegenstand zahlreicher Untersuchungen und Erörterungen gebildet hat [1]). Insbesondere seit sich die neuere Gesetzgebung für die regelmäßige Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen entschieden hat, die im früheren gemeinen Recht nicht unzweifelhaft und in einigen älteren Landesgesetzen ausdrücklich verneint war, springt die große Bedeutung unserer Frage in die Augen. Je nachdem man eine Handlung noch als Vorbereitungshandlung ansieht oder in ihr schon einen Anfang der Ausführung erblickt, ist sie (abgesehen von Ausnahmefällen, in denen schon Vorbereitungshandlungen unter Strafe gestellt sind) straflos oder kann bis nahe heran an die Strafe des vollendeten Deliktes gestraft werden. Da fragt es sich denn doch, ob diese Grenze so ganz dem Gefühl und dem Takt des Richters überlassen werden soll, oder ob nicht wenigstens ein Gesichtspunkt aufgestellt werden kann, nach welchem sich die Entscheidung im einzelnen Falle zu richten hat, und wonach diese Frage, die ja vorzugsweise allerdings eine That- oder Beweisfrage bleiben wird,

1) Vgl. über die Frage Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts Bd. I (1816) S. 163 ff., Bd. II (1818) S. 602 ff., Bd. IV (1820) S. 1 ff.; Zachariä, die Lehre vom Versuche I Göttingen 1836 S. 182 ff.; Goltdammers Archiv V (1857) S. 577 ff.; Luden, über den Versuch (Abhandlungen Bd. I) S. 459 ff.; Mittermaier, Gerichtssaal Bd. XI (1859) S. 197 ff.; Chop, über die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch Leipzig 1861; Schwarze, v. Holtzendorffs Handbuch II, S. 277 ff.; Häberlin, Gerichtssaal 1872 S. 289 ff.; Rethwisch, über den Anfangspunct der Strafbarkeit Jena 1879; L. Cohn, zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I Breslau 1880 S. 47 ff.; Baumgarten, die Lehre vom Versuche der Verbrechen Stuttgart 1888 S. 384 ff.

jedenfalls zugleich als eine Rechtsfrage erscheint [1]), deren Beantwortung zugleich ein Gegenstand der Anfechtung des Urteils durch das Rechtsmittel der Revision und der Beurteilung des höchsten Gerichtshofs sein kann. Und insbesondere fragt sich, ob denn die Geschworenen, an die gar nicht selten auch die Frage nach dem Versuch der Tötung, der Brandstiftung, des Raubs, der Urkundenfälschung zu stellen ist, vom vorsitzenden Richter in dieser Beziehung nur auf ihr Gefühl und ihre allgemeine Anschauung verwiesen werden sollen, oder ob es nicht einen Prüfstein der Entscheidung gibt, den ihnen der Richter darzubieten im Stande ist, und mit dessen Hilfe sie im Stande sind sich mit einiger Sicherheit zu entscheiden. Ist es wirklich nur Gefühlssache oder hat es nicht einen nachweisbaren Grund, weshalb wir die Anschaffung des Werkzeugs und die Zubereitung des Mittels zum Zweck einer Tötung nur als Vorbereitung, den Angriff selbst dagegen als Versuch der Tötung betrachten? Gibt es kein Kriterium, wonach sich entscheidet, ob schon das Eintreten in eine Wohnung zum Zwecke des Diebstahls oder erst das Zugreifen nach der Sache als Versuch des Diebstahls erscheint? Gibt es kein Kriterium, wonach wir beurteilen können, ob schon das Anzünden des Brennstoffs oder erst das Heranbringen desselben an die anzuzündende Sache als versuchte Brandstiftung strafbar sein soll? Wir Alle haben es im Gefühl, daß es ein Unterscheidungsmerkmal geben muß, und zahlreich sind auch die Versuche gewesen, ein solches zu finden; bis jetzt aber ist noch keines aufgestellt worden, welches sich allgemeinen Beifalles zu erfreuen gehabt hat [2]). Ja, es hat nicht an Solchen gefehlt,

1) Für rein thatsächlich erklärte die Frage Berlin 12. Oktober 1876 (Oppenhoff, Rechtsprechung XVII S. 651). Anders das Reichsgericht II 19. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 81).

2) Vgl. John, Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Motiven Berlin 1868 S. 217: ein Prinzip, wonach die Entscheidung zu treffen sei, habe die Praxis bis jetzt von der Wissenschaft nicht erhalten. — Rüdorff-Stenglein, Kommentar 4. Aufl. N. 3 zu 43: Eine

welche eine derartige Unterscheidung für unmöglich erklärt haben, sei es, daß sie die Vorbereitungshandlungen zum Versuche hinzurechnen [1]), oder zwar den Unterschied anerkennen, sich aber gegen die Möglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung beider erklären [2]). Insbesondere die Begründung v. Buri's ist die, daß ebensowohl durch die Vorbereitungshandlungen, wie durch die Ausführungshandlungen bloße Bedingungen des Erfolges gesetzt werden und daß es unmöglich sei, zwischen diesen zu unterscheiden. Und wie oft ist gesagt worden, daß wir es hier nicht nur mit einer heiklen, sondern geradezu „ominösen" Frage [3]), mit einem „mysteriösen" Worte [4]), mit einem „Erisapfel", der unter die Bearbeiter der Versuchslehre geworfen sei [5]), mit einem „gordischen Knoten", der nicht gelöst werden könne, sondern durchhauen werden müsse [6]), zu thun haben. Doch fehlt es

---

prinzipielle Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch sei bis jetzt nicht gelungen. — Baumgarten, Versuch S. 384: diese actio finium regundorum sei bis jetzt noch nicht zur Durchführung gelangt. — Und ebenso die Entscheidungen des Reichsgerichts III 15. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 86), III 17. Dezember 1885 (Entscheidungen XIII S. 213).

1) Köstlin, System des deutschen Strafrechts Tübingen 1855 S. 233. — v. Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht Gießen 1862 S. 55; die Causalität und ihre Verantwortung Leipzig 1873 S. 121; Gerichtssaal 1876 S. 183; Goltdammers Archiv 1877 S. 266; Gerichtssaal 1889 S. 421; Gerichtssaal 1891 S. 10 ff. — v. Schwarze, v. Holtzendorffs Handbuch II S. 277. — v. Liszt, Lehrbuch 4. Aufl. S. 209.

2) So die Motive zum württemb. St.G.B. von 1839 (Hufnagel, Kommentar I S. 128); Hufnagel, Kommentar II S. 28, 311; Schütze, Lehrbuch 2. Aufl. S. 132. Und Verschiedene, welche einen prinzipiellen Unterschied läugnen, dennoch aber einen „Gesichtspunkt" aufzustellen versuchen; so Geyer, Gerichtssaal 1866 S. 48, v. Schwarze, v. Holtzendorffs Handbuch II, S. 278.

3) John, v. Holtzendorffs Strafrechtszeitung 1872 S. 84.

4) v. Buri, Gerichtssaal Bd. 45 (1891) S. 10.

5) van Swinderen bei Baumgarten, Versuch S. 386.

6) L. Cohn, Versuch I S. 10.

andererseits auch nicht an Stimmen, welche läugnen, daß es sich hier um einen rein quantitativen Unterschied handle [1]), und ebensowohl von der Möglichkeit, wie von der Notwendigkeit einer begrifflichen Unterscheidung überzeugt sind [2]). Ehe wir nun aber dazu schreiten, diejenige Unterscheidung zu entwickeln, welche wir unsererseits für die richtige erachten, wollen wir uns mit den Versuchen beschäftigen, welche bisher zum Zwecke der Unterscheidung angestellt wurden.

II.

In dieser Beziehung ist nun, abgesehen von den bildlichen Vergleichen [3]), die man zur Erläuterung herangezogen hat, abgesehen von Verweisungen auf den Thatbestand der einzelnen Delikte und abgesehen von Verweisungen auf die vermutliche Absicht des Gesetzgebers und die Bedürfnisse des Rechtslebens [4]) gesagt worden [5]):

a) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche der Ausführung vorangehen, Ausführungshandlungen aber

1) Baumgarten, Versuch S. 399.

2) Vgl. die Vertreter der sogleich mitzuteilenden Ansichten. Außerdem Rossi (angeführt bei Zachariä): sont choses différentes de leur nature; Merkel, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. I (1881) S. 577, der hervorhebt, daß es sich hier nicht um eine Juristenerfindung handle, sondern um eine dem Leben entnommene und Jedem in hundertfacher Anwendung geläufige Unterscheidung.

3) Vgl. u. a. Merkel, Zeitschr. für die ges. Strafrechtswiss. 1888 S. 577, der den Unterschied zwischen den Vorbereitungen zu einer Reise und der Reise selber hervorhebt, und Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 202, der (mit Beziehung auf eine Stelle bei Dante) bemerkt, daß es etwas Anderes sei, wenn der Vogel auf seinem Nest nur die Flügel erhebt, als wenn er wirklich davon fliegt.

4) Reichsgericht III 15. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 94).

5) Kein Versuch einer genaueren Unterscheidung findet sich bei den römischen Juristen, obwohl es dem spätern römischen Recht an dem Unterschiede selbst, wenigstens bei einer Reihe von Deliktsarten, nicht gefehlt hat. Seeger, über den Versuch der Verbrechen nach römischem Recht Tübingen 1869, insbesondere S. 49.

diejenigen, welche keiner neuen Vorbereitung bedürfen. So Luden in seiner Monographie vom Versuch und Mittermaier im Gerichtssaal 1859 [1]). Doch liegt auf der Hand, daß dies teils eine Tautologie [2]), teils (sofern nämlich die verschiedenen Teile der Ausführung in Betracht kommen) nicht einmal völlig richtig ist, da ein späterer Teil der Ausführung recht wohl so geartet sein kann, noch weiterer Vorbereitungen zu bedürfen.

b) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche von der Vollendung noch entfernt sind, Ausführungshandlungen diejenigen, welche der Vollendung nahe oder näher stehen. So die italienischen Juristen des Mittelalters [3]) und aus dem Anfange der neuen Zeit, soweit sie nicht (siehe unten unter i) betonen, daß die Ausführungshandlungen geeignet sein müssen, den Vorsatz zu deutlichem Ausdrucke zu bringen. So eine große Anzahl gemeinrechtlicher Schriftsteller [4]), sei es, daß sie auch die Vorbereitungshandlungen als conatus remotus für strafbar erachten oder (richtiger) auf Grund der Carolina ihre Straflosigkeit annehmen. Und ebenso neuerdings v. Liszt in

1) Luden, Versuch (Abhandlungen I) S. 459; Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 21.

2) Es ist ein Fehler, zwei korrelative Begriffe durch einander erklären zu wollen. Chop, über die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch S. 8 f.; Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 259 f.

3) Vgl. die Stellen aus Petrus de bella Pertica, Cinus und Baldus bei Seeger, die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters S. 42 ff., wo überall von »*actus proximus*« die Rede ist. Außerdem Julius Clarus, receptae sententiae § fin. qu. 92: »Quando deventum est ad actum proximum maleficii«.

4) So schon Remus, der die Worte der Carolina „scheinliche Werke, die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen", in folgender Art umschreibt: »Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, mixti mali apparatione etc., sed *proximis*, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur«. Sonstige Schriftsteller siehe bei Zachariä, Versuch I S. 223 ff.

seinem Lehrbuch [1]), der freilich (siehe oben Seite 7 Anm. 1) darauf verzichtet, eine feste Grenze damit zu geben. Doch leuchtet ein, daß wir es hier überhaupt nicht mit einer begrifflichen Unterscheidung, sondern nur mit einer ganz ungefähren quantitativen Abschätzung zu thun haben.

c) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche sich nur mittelbar auf den betreffenden Erfolg beziehen, Ausführungshandlungen diejenigen, welche denselbeu unmittelbar herbeizuführen bestimmt sind. So die Motive zum Entwurf des württembergischen St.G.B. von 1839 [2]), welche nur die sog. Haupthandlung zu den Ausführungshandlungen rechnen. So Mittermaier im Gerichtssaal 1859 [3]), welcher betont, daß die Ausführungshandlung, ohne daß eine weitere Handlung nötig sei, den Erfolg herbeiführe. So Berner in seinen Grundsätzen des preußischen Strafrechts [4]), der Ausführungshandlung diejenige Handlnng nennt, die durch sich selbst und unmittelbar auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet ist. So Chop in der diesem Gegenstand gewidmeten besonderen Abhandlung [5]): eine Handlung, durch welche unmittelbar der objektive Thatbestand des beabsichtigten Verbrechens ganz oder teilweise hervorgebracht werden soll und kann. So Merkel, Encyklopädie des Rechts [6]), der als Ausführungshandlung diejenige Handlung ansieht, welche unmittelbar auf die Verwirklichung der Merkmale des Deliktes gerichtet ist. So Loening in der Schrift über die Haftung des verantwort-

1) v. Liszt, Lehrbuch 4. Aufl. S. 209.

2) Bei Hufnagel, Kommentar I S. 128.

3) Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 219.

4) Berner, Grundsätze des preußischen Strafrechts Leipzig 1861 S. 6.

5) Chop, die Grenze von Vorbereitung und Versuch S. 54, 97, der aber mit dieser Ansicht die zum Schluß (unter l) genannte Ansicht verbindet.

6) Merkel, Encyclopädie des Rechts Berlin und Leipzig S. 321.

lichen Redakteurs [1]), der, wenn das Delikt verschiedene „die Thäterschaftsrequisite aufweisende" Thätigkeiten erfordert, nur die letzte dieser Thätigkeiten als Ausführungshandlung ansieht. So v. Liszt in seinem Lehrbuch [2]), der die Ansicht Löning's als verfehlt bezeichnet, dennoch aber seinerseits allein die „letzte entscheidende Thätigkeit in der vom Thäter vorgestellten Reihe von Einzelhandlungen" zur Ausführung rechnet. Und ebenso, der Sache nach, Birkmeyer in seinem Buche über die Teilnahme [3]) der (siehe unten unter h) Vorbereitungshandlungen und Ausführungshandlungen wie Bedingung und Ursache unterscheidet, deswegen aber zugleich hierher gehört, weil er als Ursache eines Erfolges nur die letzte vom Thäter gesetzte Bedingung desselben ansieht. Dem steht aber entgegen, daß die Ausführung eines Deliktes unter Umständen eine, vielleicht sehr große, Mehrheit von Handlungen erfordert, von denen so gut die erste, wie die letzte als Ausführungshandlung erscheint.

d) Vorbereitungshandlungen sind außer der Haupthandlung selbst auch diejenigen Handlungen, welche der Haupthandlung unmittelbar vorhergehen, also, wie man sagen kann, die letzte und die vorletzte Handlung. So Mittermaier in einer älteren Abhandlung [4]). Dem steht aber dasselbe entgegen, was soeben über die Beschränkung der Ausführungshandlung auf die Haupthandlung gesagt wurde.

e) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche von dem Erfolge getrennt sind, Ausführungshandlungen dagegen diejenigen, welche in einem fortlaufenden oder, wie man sagt, kontinuirlichen Zusammenhange mit dem

1) Löning, die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs Jena 1869 S. 152 Anm. 2.

2) v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts 4. Auflage S. 210.

3) Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme Berlin 1890 S. 95 f.

4) Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts IV (1820) S. 1 ff., besonders S. 22.

Erfolge steht. So Luden in seiner Lehre vom Versuche [1]: Handlungen, durch welche das Verbrechen ohne weitere Unterbrechung vollendet werden konnte und sollte. So Wächter in den Vorlesungen [2]: Ausführungshandlung sei diejenige Handlung, die darauf gerichtet ist, in ihrer Kontinuität die Ausführung des Verbrechens zu bewerkstelligen. So v. Bar in seiner Schrift über Versuch und die Teilnahme [3]: Ausführungshandlung sei diejenige Handlung, die von dem Handelnden in kontinuirlichem Zusammenhang von Mittel und Zweck, Ursache und Wirkung mit der Vollendung des Verbrechens gedacht wird. So Wahlberg in einer Abhandlung über Handlung und Zufall [4]: wenn der Eintritt des Erfolges bei ungehinderter Weiterführung der Handlungsreihe mit Zuversicht erwartet werden konnte. So Rubo, Kommentar zum St.G.B. [5]: Ausführungshandlungen seien diejenigen Handlungen, die in ihrer Fortsetzung, d. h. bei ihrem ungestörten Fortgange die Vollendung bewirken würden. So Kohler [6]: eine solche Verübung, daß anzunehmen, daß sie bei normaler Fortsetzung bis zum Schlusse wird fortgeführt werden: Und ebenso das Reichsgericht [7]: Thätigkeit, welche, in Verbindung mit der letzten, den Erfolg herbeiführenden Handlung gedacht und vorgenommen, eine einheitliche, ununterbrochene mit der Ausführung der That zusammenhängende Thätigkeit bildet. — Aber auch diese Anschauungsweise widerspricht dem Sachverhältnis, und zwar in doppelter Beziehung. Einmal nämlich kann auch die Vorbereitungshandlung in einem kontinuirlichen Zusammenhang mit

1) Luden, Versuch (Abhandlungen I) S. 459. Vgl. schon oben S. 9 Anm. 1.

2) v. Wächter, deutsches Strafrecht (Vorlesungen), Leipzig 1881 S. 207.

3) Bar, zur Lehre von Versuch und Theilnahme Hannover 1859 S. 28.

4) Wahlberg, vermischte Schriften III S. 254.

5) Rubo, Kommentar über das St.G.B. Note 7 zu § 43.

6) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, Mannheim 1890 S. 18.

7) Reichsgericht III 20. November 1880 (Entscheidungen III S. 136). Vgl. auch III 10. November 1884 (Rechtsprechung VI S. 724).

der Ausführung und durch sie mit der Vollendung gedacht werden, und sodann braucht die Ausführung selbst (weder in Wirklichkeit noch nach der Vorstellung der Thäter) keineswegs eine ununterbrochene zu sein; vielmehr kann sich dieselbe auch stückweise vollziehen, und zwar so, daß die einzelnen Teile derselben in der verschiedensten Art und im verschiedensten Maße von einander getrennt sind.

f) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche noch nicht den Entschluß zur Begehung des Deliktes voraussetzen, während die Ausführungshandlungen auf einem solchen Entschlusse beruhen. So die Motive zum württembergischen St.G.B. von 1839 [1]): erst bei der Ausführungshandlung sei der Entschluß zur That ein gereifter. So Mittermaier im Gerichtssaal [2]): Handlungen, welche annehmen lassen, daß es zu einem unwiderruflichen Entschlusse gekommen sei. So v. Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch [3]): mit den Vorbereitungshandlungen sei noch nicht der entscheidende Wille der Verübung des Deliktes verbunden. — Doch wird dabei verkannt, daß auch mit der bloßen Vorbereitungshandlung ein solcher Entschluß verbunden sein kann, und anderseits daß auch die Ausführungshandlung keineswegs mit dem festen Entschluß das Delikt zu Ende zu führen verbunden zu sein braucht.

g) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche in der Herbeischaffung und Bereitstellung der für die Ausführung nötigen Mittel bestehen, während die Ausführungshandlung sich als die Anwendung dieser Mittel darstellt. So Mittermaier im Archiv des Kriminalrechts sowie im Gerichtssaal [4]). Doch braucht weder die Vorbereitung in der

---

1) Bei Hufnagel, Kommentar I S. 128.
2) Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 210 f.
3) Schwarze, v. Holtzendorff's Handbuch I S. 277.
4) Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts II (1818) S. 606; Gerichtssaal 1859 S. 218.

Anschaffung von Mitteln zu bestehen, noch ist die Ausführungshandlung auf die Anwendung von Mitteln beschränkt, da dieselbe auch in der Verübung als solcher bestehen kann.

h) Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche die Herbeiführung des Erfolges ermöglichen, durch welche diese Herbeiführung bewirkt wird; oder, abstrakter gefaßt: Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung, Ausführungshandlungen diejenigen Handlungen, durch welche die Ursache eines Erfolges gesetzt wird. So (in der erstern Fassung) wiederum Mittermaier im Gerichtssaal [1]): sowie (in der zweiten Fassung) Birkmeyer, die Lehre von der Teilnahme [2]). Doch wird hierbei verkannt, daß auch die Ursache eines Erfolges in nichts anderem besteht, als in einer wesentlichen Bedingung desselben, die von dem Thäter gesetzt wird, vorbehaltlich allerdings gewisser Ausnahmen, durch deren Hinzufügung sich die Herbeiführung im juristischen Sinne von der Herbeiführung im gewöhnlichen Sinne unterscheidet [3]).

i) Vorbereitungshandlungen sind solche Handlungen, denen man noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit ansieht, zu welchem Zwecke sie bestimmt sind, Ausführungshandlungen dagegen diejenigen, bei welchen dies in der That der Fall ist. So schon einige der italienischen Juristen des Mittelalters, wie Bartolus de Saliceto, welcher denjenigen actus zur Ausführung rechnet, der „in sui forma vel figura tendit ad consummationem effectus" [4]). So auch die Ca-

1) Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 218.

2) Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 95.

3) Siehe Lehrbuch 4. Aufl. S. 236 f.

4) Angeführt bei Seeger, die Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters S. 44, der die Stelle dahin wiedergiebt, daß die Thätigkeit in ihrer Erscheinung auf die Vollendung gerichtet sein müsse, und annimmt, daß dieselbe Einfluß auf die Ausdrucksweise der Carolina geübt habe.

rolina selbst (Art. 178), die zu dem Versuche „etliche scheinliche Werke" verlangt, „die zur Vollbringung der Missethat dienstlich sein mögen", was u. a. Zachariä durch „Handlungen" wiedergiebt, „welche ihrer äußeren Erscheinung nach ganz unleugbar schon die Gestalt des Verbrechens an sich tragen". So Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrecht [1]), der als Ausführungshandlung diejenige Handlung ansieht, welche schon an sich dazu geeignet ist, das Dasein des strafgesetzwidrigen Vorsatzes aus ihr zu erkennen". So vor allem Hälschner, der schon im System des preußischen Strafgesetzbuchs [2]) verlangte, daß in der Versuchshandlung das volle Wesen der verbrecherischen Absicht sich in erkennbarer, wenn auch unvollkommener Weise verwirklicht habe, und dieselbe Ansicht auch in seinem gemeinen deutschen Strafrecht [3]) aussprach; es müsse die Absicht in der That zur vollkommen erkennbaren Darstellung gelangt sein, indem sich „aus der That selbst das Ziel ergebe, auf das sie nach der Absicht des Thäters gerichtet" sei. So John, Entwurf mit Motiven [4]), der verlangt, daß man aus den erwiesenen Thatsachen (und nur aus ihnen) den Schluß müsse ziehen können, daß das Verbrechen gewollt sei. So Geyer [5]), dessen Hauptansicht dahin geht, daß sich die Absicht des Thäters teilweise verwirklicht haben müsse (siehe unten) der aber zugleich verlangt, daß dieselbe aus der vorliegenden That mit einiger Sicherheit müsse erkannt werden können. So Baumgarten [6]), der einerseits verlangt, daß sich die Handlung als ein Angriff auf das betreffende Rechtsgut darstelle (siehe unten), andererseits aber auch, daß die bestimmte (?) auf die Begehung des Deliktes

1) Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte I Göttingen 1840 S. 313 f.

2) Hälschner, System des preußischen Strafrechts I (1858) S. 182 f.

3) Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht I S. 343.

4) John, Entwurf mit Motiven S. 217.

5) Geyer, Erörterungen S. 77; Grundriß I S. 131.

6) Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 387.

gerichtete Absicht aus ihr gefolgert werden könne. So Kohler [1]), der außer dem schon früher (siehe oben Seite 12) genannten Kennzeichen auch noch das aufstellt, daß sich der Vorsatz des Thäters genügend objektivirt haben, d. h. in die äußere Erscheinung getreten sein müsse. Und ebenso das Reichsgericht [2]), welches verlangt, daß aus der angefangenen Ausführung das Auszuführende oder die Tragweite des Entschlusses mit Sicherheit müsse erkannt werden können. — Hierbei wird aber verkannt, daß der Entschluß zur Begehung eines Deliktes sehr deutlich auch schon aus einer Vorbereitungshandlung hervorgehen kann, wogegen manche Ausführungshandlung sich äußerlich als eine sehr harmlose Veranstaltung ausnimmt. Man denke an die Herausforderung zum Zweikampf und die Anschaffung von Sprengstoffen zum Zwecke der Tödtung einerseits und an das Aufdrehen eines unscheinbaren Hahns, an das Aussprechen eines anscheinend harmlosen Wortes, an das Geben eines anscheinend unverfänglichen Zeichens andererseits, die sich als Beginn der Ausführung, ja als die vollständige Ausführung des schwersten Verbrechens darstellen können.

k) Vorbereitungshandlungen sind solche Handlungen, welche noch nicht den für das betreffende Delikt wesentlichen Angriff enthalten, Ausführungshandlungen diejenigen, durch welche dieser Angriff, sei es auf die betreffende Person oder auf die betreffende Sache oder jedenfalls auf das betreffende rechtliche Interesse oder Rechtsgut verübt wird. So schon Baldus [3]), indem er sagt: „conatus transit in alium, id est in contumeliam alterius“. So Mittermaier im Archiv des Kriminalrechts [4]), indem

---

1) Kohler, Studien aus dem Strafrecht I Mannheim 1890 S. 18.

2) Reichsgericht I 2. Oktober 1882 (Entscheidungen VII S. 55).

3) Angeführt bei Seeger, die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters Tübingen 1869 S. 43 f.

4) Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts II (1818) S. 605. — Vgl. auch Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 211.

er davon spricht, daß beim Versuch der Thäter dem zu verletzenden Gegenstande gegenüber steht und die von ihm vorbereiteten Mittel gegen denselben zur Anwendung bringt. So Merkel[1]), mit der Ausführung, daß diejenigen Handlungen, welche im Sinne unseres Strafgesetzes einen Anfang der Ausführung enthalten, zwar keineswegs ausnahmslos, aber ihrer überwiegenden Mehrzahl nach die Natur eines wirklichen Angriffes, nicht bloß diejenige der Vorbereitung eines künftigen Angriffs haben. So Janka[2]), der ganz allgemein sagt, daß der Beginn des Angriffs den Anfangspunkt des verbrecherischen Versuches bezeichne. Und ebenso Baumgarten[3]), der zunächst annimmt, daß jedes Delikt eine Einwirkung entweder auf eine Person oder auf einen äußeren Gegenstand als Träger eines Rechtsverhältnisses oder Repräsentant eines Rechtsgutes enthalte, und sodann den Versuch als eine solche Handlung bezeichnet, in welcher sich der Angriff auf dieses „leidende Subjekt" des Verbrechens verkörpere. Doch ist es keineswegs richtig, daß ein jedes Delikt einen solchen Angriff enthalte; vielmehr sind vielfach Handlungen als solche unter Strafe gestellt, Handlungen, welche wegen ihrer Bedenklichkeit und Gefährlichkeit in den verschiedensten Beziehungen unter Strafe gestellt sind, ohne daß sie eine Richtung gegen eine bestimmte Person oder auch nur gegen einen bestimmten Gegenstand zu haben brauchen. Jedenfalls also läßt uns jene Ansicht in sehr vielen Fällen im Stich und kann nicht als eine grundsätzliche Lösung der Frage angesehen werden.

l) Endlich: Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, welche sich als ein Teil der vom Gesetze unter Strafe

1) Merkel, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft I (1881) S. 579.

2) Janka, das österreichische Strafrecht 2. Auflage ed. Rulf Prag Wien und Leipzig S. 138.

3) Baumgarten, die Lehre vom Versuche S. 387, 389 f.

gestellten Thätigkeit darstellen. So schon Mittermaier im Archiv des Kriminalrechts [1]): der Versuch erfordere, daß der Handelnde schon in der verpönten Handlung des Mordens, Brandstiftens, Notzüchtigens begriffen erscheine. So vor allem Zachariae [2]) in seinem Werk über den Versuch sowie in Goltdammer's Archiv: es müsse mit einer Handlung begonnen sein, welche als ein realer Bestandteil der im Gesetze bedrohten That zu betrachten ist. So Chop [3]) in der mehrfach erwähnten Abhandlung: es müsse ein Teil des objektiven Thatbestandes verwirklicht sein. So Rethwisch [4]) in der ebenfalls schon genannten Dissertation: die Handlung müsse einen wirklichen Bestandteil der mit Strafe bedrohten That bilden. So Oppenhoff [5]), der eine zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen des betreffenden Deliktes gehörige Handlung verlangt. So Olshausen [6]): ein Anfang der Ausführung könne nur dann angenommen werden, wenn die Thätigkeit bereits eine zum gesetzlichen Thatbestand selbst gehörige Handlung betraf. So v. Liszt [7]) (der jedoch nur eine Umschreibung für möglich hält): diejenige Handlung, welche bereits einen wirklichen Bestandteil des im Gesetze mit Strafe bedrohten Thatbestandes bildet. So Birkmeyer [8]) in der Monographie über die Teilnahme, der eine Thatbestandshandlung fordert. So Pfenninger [9]), das

1) Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts I (1816) S. 169 Anm. 4.

2) Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbrechen I S. 203, Goltdammers Archiv V (1857) S. 579.

3) Chop, die Grenze von Vorbereitung und Versuch S. 54, wo jedoch zugleich die oben (unter c) genannte Ansicht geltend gemacht wird.

4) Rethwisch, über den Anfangspunkt der Strafbarkeit S. 17.

5) Oppenhoff, Strafgesetzbuch 12. Aufl. N. 6 zu § 43.

6) Olshausen, Kommentar 4. Aufl. N. 14 zu § 43.

7) v. Liszt, Lehrbuch 4. Aufl. S. 210.

8) Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 95.

9) Pfenninger, das Strafrecht der Schweiz Berlin 1890 S. 782 ff.

Strafrecht der Schweiz, der verlangt, daß die Handlung schon den Charakter eines bestimmten verbrecherischen Thuns an sich trage, sich also als Handlung des Mordens, Brandstiftens, u. s. w. darstelle. So auch das Reichsgericht in mehrfachen Entscheidungen [1]). Und ebenso die drei ersten Auflagen von dem Lehrbuch des Verfassers, in welchen derselbe es für hinreichend hielt, den Kreis der Ausführungshandlungen in dieser Weise zu bezeichnen. Und in der That scheint eine genügende Abgrenzung hierdurch gewonnen zu sein, da zu einer jeden Deliktsart nach der Natur derselben ein gewisser Umkreis von Thätigkeiten gehört, der gerade für diese Deliktsart als wesentlich erscheint, bei den übrigen Deliktsarten dagegen nicht vorkommt. Und zwar scheint dies der Fall zu sein nicht nur bei denjenigen Delikten, die schon im Gesetze selbst durch eine bestimmte Handlungsweise bezeichnet sind (wie der Meineid), sondern auch bei denjenigen, deren Thatbestand im Gesetze als die Herbeiführung eines gewissen Erfolges bestimmt ist (wie Tödtung und Körperverletzung). Denn auch bei diesen Delikten scheint es sich um einen festbegrenzten Kreis von Thätigkeiten zu handeln, z. B. um Handlungen, welche eben als die Thätigkeit des Mordes, des Raubes, des Brandstiftens erscheinen. Es ist dies die Zurückführung der sog. Erfolgsdelikte, d. h. derjenigen Delikte, zu deren Vollendung ein von der Handlung getrennter äußerer Erfolg verlangt wird, auf die sog. Handlungsdelikte, d. h. diejenigen Delikte, bei denen eben die Handlung als solche unter Strafe gestellt ist. Allein in Wahrheit fragt es sich [2]), ob wir es hierbei mit einer Operation von genügend fester wissenschaftlicher Bestimmtheit zu thun

1) Reichsgericht III 20. November 1880 (Entscheidungen III S. 136), III 19. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 81), III 15. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 84).

2) Nicht entscheidend ist die Einwendung Baumgartens (Versuch S. 396 f.), daß es sich hier um eine rein mechanische oder äußerliche Auffassung handle. Und ebenso wenig die Bemerkung Cohn's (die Lehre vom Versuch I S. 48 f.) und Villnow's (Goltd. Archiv

haben und ob damit überhaupt etwas gewonnen ist. Wenn im Gesetze die „Tödtung“ unter Strafe gestellt ist, so sind damit nicht gewisse Handlungen unter Strafe gestellt, denen man es äußerlich und ein für allemal ansehen kann, ob sie als Handlung der Tödtung, des „Mordens“ erscheinen. Vielmehr ist damit eine jede Art und Weise unter Strafe gestellt, auf welche die Verursachung eines Erfolges bewirkt werden kann, d. h. (siehe oben S. 14), auf welche eine wesentliche Bedingung des Erfolges gesetzt wird (mit gewissen Ausnahmen). Was hierhin aber im einzelnen gehört, läßt sich nicht im allgemeinen (in abstracto) bestimmen, vielmehr hängt es von der Entwicklung der menschlichen Verhältnisse ab, welche Mittel zu jenem Zwecke erfolgreich benutzt werden können. Hiernach aber ist es völlig nutzlos, die sog. Erfolgsdelikte auf Handlungsdelikte zurückzuführen, vielmehr fragt es sich umgekehrt, ob nicht die sog. Handlungsdelikte genauer zugesehen sich sämmtlich als Erfolgsdelikte darstellen. Und dies ist in Wahrheit der Fall. Auch beim Meineid handelt es zwar nicht darum, daß ein äußerer Erfolg erzielt wird oder daß etwa infolge des Meineids eine Freisprechung oder Verurteilung oder dgl. erfolgt ist. Wohl aber kommen auch diejenigen mündlich ausgesprochenen oder schriftlich aufgesetzten Worte, auf welche es beim Eide ankommt, nicht ohne eine gewisse Veranstaltung zu Stande, sodaß es sich auch bei Begehung des Meineids in Wahrheit um die Bedingungen eines Erfolges handelt, in deren Setzung das Delikt besteht. Hiernach aber kann das Problem, den Begriff der Ausführungshandlung zu finden, nicht dadurch gelöst werden, daß man die Natur der betreffenden Handlungen zu beschreiben sucht, sondern allein dadurch, daß die Natur jener Bedingungen des Erfolges in's Auge gefaßt wird. —

Und ebensowenig wie eine einzelne dieser Ansichten kann

1887 S. 102), daß man nicht wisse, mit welchem Merkmal des Thatbestandes begonnen sein müsse, da es sich augenscheinlich um die zum Thatbestand gehörende Thätigkeit handelt.

eine Verbindung von solchen genügen, wie eine solche mehrfach teils in ausführlicher Begründung, teils in mehr beiläufigen Aeußerungen über diesen Gegenstand vorkommt. So, wenn Mittermaier [1]) teils die Anwendung von Mitteln, teils die Unmittelbarkeit der Herbeiführung des Erfolges hervorhebt. So, wenn die württembergischen Motive [2]) die Reife des Entschlusses, die Eigenschaft der Handlung als einer Haupthandlung und die Erkennbarkeit des Entschlusses entscheiden lassen. So, wenn Chop [3]) die Unmittelbarkeit der Herbeiführung des Erfolges und die Eigenschaft der Handlung als einer Thatbestandshandlung verbindet. So, wenn Geyer [4]) teils auf die Verwirklichung des Vorsatzes, teils auf seine Erkennbarbeit aus der Handlung Gewicht legt. So, wenn Birkmeyer [5]) die Eigenschaft der Handlung als einer Thatbestandshandlung und ihre kausale Bedeutung für den Erfolg verbindet. So, wenn Kohler [6]) davon spricht, daß der Wille objektivirt sein und eine ununterbrochene Fortsetzung der Verübung anzunehmen sein müsse. So, wenn das Reichsgericht gelegentlich das Erfordernis eines Thatbestandsmerkmales und der Erkennbarkeit des Vorsatzes [7]) oder das Erfordernis der Erkennbarkeit des Vorsatzes und die Unmittelbarkeit der Herbeiführung des Erfolges [8]) verbindet.

III.

Bevor wir aber dazu übergehen, unsererseits die richtige

---

1) Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 218 ff.
2) Hufnagel, Kommentar I S. 218.
3) Chop, über die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch S. 54 f.
4) Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Theil S. 77; Grundriß I S. 131.
5) Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 95.
6) Kohler, Studien aus dem Strafrecht S. 18.
7) Reichsgericht I 2. Oktober 1882 (Entscheidungen VII S. 54).
8) Reichsgericht III 10. November 1884 (Rechtsprechung VI S. 724).

Formulirung zu suchen, müssen wir uns vergegenwärtigen, was denn überhaupt von einer solchen verlangt werden kann. Verkehrt nämlich wäre es hier, wie in anderen Fällen, gewissermaßen eine Zauberformel zu suchen, durch welche mit einem Schlage alle Schwierigkeiten beseitigt werden könnten, ein festes Maß, welches nur an die Erscheinungen angelegt zu werden brauchte, um eine bestimmte Entscheidung zu liefern. Was jene Formulirung leisten kann, ist vielmehr nur dies, einen festen Gesichtspunkt zu geben, nach welchem die Unterscheidung vorgenommen werden kann, wogegen bei dieser Unterscheidung immer noch vieles übrig bleibt, was der richterlichen Abschätzung anheimfällt. Auch hier wird es sein, wie in anderen Fällen, daß ein verständiger Richter ohne Formel weiter kommt, als ein unverständiger Richter mit einer solchen. Andererseits müssen wir sehr bestimmt behaupten, daß eine solche Formulirung allerdings ihren Wert hat, da sie geeignet ist, in dieser an sich schwankenden Beurteilung das richterliche Ermessen zu leiten. Daß vom Kompaß aus keine wirklichen Linien bis zum Horizonte gehen, hindert nicht, daß der Schiffer in ihm einen sehr wichtigen Leitstern besitzt.

Die wahre Aufgabe aber besteht darin, aus dem Kreise der Bedingungen eines Erfolges diejenigen auszusondern, welche zur Vorbereitung, und diejenigen, welche zur Ausführung gehören. Hat Jemand einen Anderen mit einem Revolver getötet, so ist Bedingung des wirklich eingetretenen Todes ebensowohl, daß der Thäter den Revolver gekauft hat, wie daß er denselben geladen hat, wie daß er sich mit demselben an Ort und Stelle begab, wie daß er schließlich mit dem Revolver gezielt und ihn auch wirklich losgedrückt hat. Hat Jemand in der Wohnung eines Anderen gestohlen, so ist Bedingung des Erfolges ebensowohl, daß er das betreffende Haus betreten hat, wie daß er in das betreffende Zimmer eingedrungen ist, wie daß er in dem Schubfach des Anderen nachgesucht und schließlich die Sache ergriffen

hat. Gerade von dem Standpunkte, den auch wir für den richtigen halten, daß die wahre Ursache eines Erfolges sich aus den mannigfachen Bedingungen eines Erfolges zusammensetzt, scheint kein Unterschied zwischen denjenigen Bedingungen, die wir zur Vorbereitung zu rechnen haben, und denjenigen Bedingungen, die zur Ausführung gehören, gemacht werden zu können. Oder sollte es dennoch möglich sein, einen solchen Unterschied zu machen? Diese Frage glaubt der Verfasser, ebenso wie schon in der vierten Auflage seines Lehrbuchs, so auch in der vorliegenden ausführlicheren Begründung mit einem entschiedenen Ja beantworten zu können, dadurch aber zu der schon früher gegebenen Begriffsbestimmung der Vorbereitungshandlung nunmehr auch die so lange vermißte Begriffsbestimmung der Ausführungshandlung geben zu können.

Woran liegt es — nehmen wir zunächst ganz unzweifelhafte Fälle —, daß die Anschaffung des Revolvers und das Sichhinbegeben an Ort und Stelle noch als Vorbereitung, daß aber das Abdrücken des Revolvers als Ausführung der Tödtung erscheint? Woran liegt es, daß das Aufsuchen der Gelegenheit zum Diebstahl noch der Vorbereitung, das Zugreifen nach der Sache der Ausführung des Diebstahls angehört? Unseres Erachtens liegt dies daran, daß wir es dort nur mit einer Bedingung des Erfolges in seiner konkreten Erscheinung, hier mit einer Bedingung des Erfolges in seiner abstrakten (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung zu thun haben. Ohne die Anschaffung des Revolvers und das Sichhinbegeben an den betreffenden Ort konnte d i e s e Tödtung, die bestimmt geartete Tödtung dieses Menschen nicht verübt werden; ohne das Betreten des betreffenden Hauses konnte gerade d i e s e r Diebstahl, der Diebstahl d i e s e r Sache unter d i e s e n Umständen nicht verübt werden; wohl aber kann man überhaupt eine Tödtung begehen, ohne sich erst einen Revolver zu kaufen und ohne sich erst an Ort und Stelle zu begeben, nämlich dann,

wenn man schon einen Revolver oder ein anderes Mittel der Tödtung hat, wenn man sich schon am rechten Orte befindet. Ohne das Betreten des fremden Hauses konnte gerade diese, sich im Hause befindende, Sache nicht gestohlen werden; wohl aber kann man überhaupt einen Diebstahl verüben, ohne sich erst in ein fremdes Haus zu begeben, nämlich dann, wenn man sich schon in dem betreffenden Hause aufhält, oder, wenn es sich um eine Sache handelt, die sich im Freien befindet. Nicht aber kann man eine Tödtung begehen, ohne einen irgendwie gearteten, mittelbaren oder unmittelbaren Angriff auf die Person zu verüben, und ein Diebstahl ist unmöglich, wenn man nicht irgendwie die Sache aus dem Gewahrsam des Anderen herausbringt. Hiermit ist unseres Erachtens in der That des Rätsels Lösung gefunden: Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung des Erfolges nur in seiner konkreten oder individuellen Erscheinung, Ausführungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung des Erfolges in seiner abstrakten (strafrechtlich erheblichen) Bedeutung gesetzt wird [1]), — eine Lösung, die man nicht um deswillen herabsetzen sollte [2]), weil sie nicht als eine rein mechanische, alle Schwierigkeiten der Unterscheidung ausschließende Formel erscheint.

---

1) Ganz ähnlich Merkel in dem nach der 4. Auflage meines Buches erschienenen Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 128: „Dagegen nimmt Derjenige, der in diebischer Absicht die Hand nach der fremden Sache ausstreckt.., eine Handlung vor, die sich zu den Merkmalen des § 242 nicht als etwas Fremdes und an sich Gleichgültiges verhält. Denn sie ist unmittelbar auf die Verwirklichung dieser Merkmale gerichtet (vgl. oben Seite 10), „erscheint ihren generellen Merkmalen nach hiezu geeignet und gehört zu einer Art von Handlungen, ohne welche die bezüglichen Delikte nicht begangen werden können".

2) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch 4. Aufl. S. 210 Anm. 2, der unsere Lösung für „unbrauchbar" erachtet. Doch wäre dies nicht das erste Mal, daß ein lebhafer kriminalpolitischer Eifer gegen den Wert juristischer Konstruktionen blind macht.

Allerdings aber haben wir dabei noch einen Einwand zu beseitigen. So richtig es nämlich ist, daß man auch ohne Sichhinbegeben an Ort und Stelle einen Mord oder einen Diebstahl verüben kann, — hat nicht das ganz Gleiche auch von den oben genannten Versuchshandlungen zu gelten? Auch ohne das Abdrücken eines Revolvers kann man doch eine Tödtung, auch ohne persönliches Zugreifen nach der Sache kann man doch einen Diebstahl begehen. Scheint es also nicht, daß gerade in ihrem positiven Teil unsere Formel uns im Stich läßt? In der That scheint es so; der Einwand ist aber auch nur scheinbar begründet. Denn ebenso wie hinsichtlich des Erfolges (siehe oben S. 23) nicht auf den Erfolg in seiner konkreten Erscheinung, sondern auf den Erfolg in seiner allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung zu sehen ist, ebenso kann es auch hinsichtlich der Ausführungshandlung nicht auf die konkrete Gestaltung derselben, sondern nur auf ihre allgemeine, strafrechtlich erhebliche Bedeutung ankommen. Allerdings kann man ohne das Abdrücken eines Revolvers einen Mord begehen, nicht aber ohne einen irgendwie gearteten Angriff auf die Person, um die es sich handelt, wovon das Abdrücken eines Revolvers sich nur als eine besondere Art darstellt. Allerdings kann man auch ohne persönliches Zugreifen nach der fremden Sache einen Diebstahl begehen, nicht aber ohne irgend eine auf die Antastung des fremden Gewahrsams gerichtete Veranstaltung. Wollen wir also unsere Formel gegen jenen Einwand schützen und ganz genau sein, so müssen wir sagen:

> Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche der strafbare Erfolg nur in seiner konkreten Erscheinung bedingt wird; Ausführungshandlungen dagegen sind diejenigen Handlungen, durch welche — dieselben in ihrer allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung genommen — der Erfolg in seiner allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung bedingt wird.

Hiermit ist unseres Erachtens diejenige Lösung gegeben, die vom allgemeinen Standpunkt überhaupt möglich ist, während alles Uebrige teils der Anwendung auf die einzelnen (generellen) Arten der Verübung, teils der Anwendung auf die einzelnen Deliktsarten anheimfällt.

IV.

Was aber die Anwendung unserer Lehre auf die verschiedenen Arten der Verübung betrifft, so tritt uns zunächst

a) die Verübung durch Unterlassung entgegen [1]). Doch ist klar, daß die eigentlichen Unterlassungsdelikte eben nur durch Unterlassung verübt werden können, und daß also gerade auch hier die Ausführungshandlung in einem solchen Verhalten besteht, ohne welches die Verübung gerade eines derartigen Delikts nicht gedacht werden kann. Was aber die uneigentlichen Unterlassungsdelikte, d. h. alle übrigen Delikte betrifft, soweit sie unter besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise auch durch Unterlassung verübt werden können, so liegt auf der Hand, daß auch in diesem Falle die Unterlassung trotz ihrer negativen Natur den Charakter eines solchen Verhaltens an sich tragen muß, ohne welches die Verwirklichung eines derartigen Vorsatzes als unmöglich erscheint. So muß die als Ausführung einer Tödtung erscheinende Unterlassung ihrer allgemeinen Bedeutung nach als ein die Person schädigendes und in ihrem Leben bedrohendes Verhalten erscheinen. So muß die als Ausführung einer Aussetzung erscheinende Unterlassung als ein die hilflose Lage der Person bewirkendes Verhalten sich darstellen. Was aber

1) Von selbst versteht sich, daß auch Vorbereitungshandlungen durch Unterlassung begangen werden können; man denke an den Dienstboten, der das Comtor absichtlich nicht zuschließt, um zur Nachtzeit in demselben stehlen zu können. In Wahrheit besteht also die Aufgabe, die durch positive Thätigkeit oder Unterlassung begangene Vorbereitung von der durch positive Thätigkeit oder Unterlassung verübten Ausführung zu unterscheiden.

b) diejenige Verübung betrifft, bei welcher sich der Thäter eines Anderen als eines willenlosen Werkzeugs zur Ausführung des Deliktes bedient, also wenn Jemand ein Kind oder einen Geisteskranken zur Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges benutzt, oder wenn er sich den Irrtum eines Anderen zum gleichen Zwecke zu nutze macht oder ihn in entscheidender Weise zwingt, seinen verbrecherischen Zwecken dienstbar zu werden, so könnte man auf den ersten Blick denken, daß die zu diesem Zwecke erfolgende Einwirkung auf den Andern sich immer nur als Vorbereitung darstellen könne, wogegen erst die seitens des Anderen verübte äußere Thätigkeit als Ausführung erscheine. Ja, es könnte scheinen, daß durch die entgegengesetzte Annahme wonach schon in der Einwirkung auf den Anderen selber ein Anfang der Ausführung erblickt wird, gerade unsere Theorie der Ausführungshandlung schlagend widerlegt würde. Vgl. die Bemerkung v. Buri's im Gerichtssaal [1]), daß durch die Unzurechnungsfähigkeit des Thäters das Kausalitäts-Verhältnis keine Verschiebung erleiden könne. Eine solche Verschiebung aber scheint vorzunehmen, wer sonst nur das Anfassen der Person und das Abdrücken des Revolvers, jetzt aber mit einem Mal schon die Einwirkung auf den Geisteskranken als Ausführungshandlung betrachtet. Und liegt nicht der offenbarste Widerspruch vor zur Behandlung der Anstiftung, welche jedenfalls das positive Recht nicht als Anfang der Ausführung ansieht? Alles das aber ist nur scheinbar; denn genauer betrachtet ist hier weder von einer Verschiebung des Kausalzusammenhangs, noch von einem Widerspruch zur Lehre von der Anstiftung die Rede. Die Thätigkeit eines Geisteskranken ist nur äußerlich derjenigen eines Verbrechers gleich, und wer einen Geisteskranken zur Tödtung seines Wärters anreizt, schafft nicht erst diejenige Lage, auf Grund deren nun von einem Andern das Delikt verübt wird,

---

1) v. Buri, Gerichtssaal Bd. XXXXV (1891) S. 19.

vielmehr ist er selbst es, der das Verbrechen begeht. Und da die Eigenschaft einer Thätigkeit als Ausführungshandlung nicht von ihrer individuellen Erscheinung, sondern von ihrer allgemeinen, grundsätzlichen Bedeutung abhängt, so ist in diesem Falle die Thätigkeit des Geisteskranken eben **keine** Ausführungshandlung, vielmehr erscheint als Ausführungshandlung die Einwirkung, welche auf ihn geübt wird und die sich im vorliegenden Falle an und für sich selbst als ein verbrecherischer Angriff auf die Person und mithin als eine ihrer grundsätzlichen Bedeutung nach unumgängliche Bedingung des Erfolges darstellt. Von einer „Verschiebung der Kausalität" ist daher in keiner Weise die Rede. Freilich geht aus unserer Auffassung auch hervor, daß die Lehre von der Möglichkeit der Begehung eines Delikts durch Andere genau genommen eine Beschränkung erleiden muß auf diejenigen Fälle, welche nicht ihrem Begriffe nach eine bestimmte Art von persönlicher Thätigkeit verlangen, sodaß es nur Sache positiver Anordnung ist, wenn nach Lage des Gesetzes die Veranlassung ihrerseits schuldloser Personen zur Verübung sonst strafbarer Handlungen **allgemein** an dem Einwirkenden als Thäterschaft zu strafen ist. — Und ebenso ist es

c) mit der *actio libera in causa* oder *ad libertatem relata*, also mit dem Fall, wenn Jemand sich selbst vorsätzlich in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt, um in demselben, in Wahrheit also um durch sich selbst als willenloses Werkzeug den strafbaren Erfolg herbeizuführen. Auch hier ist als Ausführungshandlung nicht das im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit Vorgenommene, sondern das Sichversetzen in diesen Zustand zu betrachten; auch hier aber kann dieses letztere genau genommen nur dann als Ausführungshandlung angesehen werden, wenn es sich seiner grundsätzlichen Bedeutung nach als wesentliche Bedingung des Erfolges, z. B. als ein wenn auch eigentümlich gearteter Angriff auf eine Person darstellt.

d) Von allgemeinerer Bedeutung für unsere Frage sind

ferner die zusammengesetzten Delikte (wie Raub und Urkundenfälschung), indem es sich fragt, ob die Verübung des einen Teils des Thatbestandes schon einen Anfang der Ausführung des ganzen Deliktes zu enthalten geeignet sei [1]). Dies aber ist unzweifelhaft der Fall, und zwar bei der Urkundenfälschung um so mehr, da das Gesetz zwar zur Vollendung der Urkundenfälschung das Gebrauchmachen von der Urkunde verlangt, dadurch aber die Fälschung nicht aufhört, den Hauptbestandteil der Urkundenfälschung zu bilden.

e) Und ebenso kann der Anfang der Ausführung eines qualifizirten Deliktes, und zwar eines solchen, bei welchem der erschwerende Umstand dem Delikte selbst der Zeit nach vorangeht, darin erblickt werden, wenn dieser erschwerende Umstand ganz oder teilweise zur Verwirklichung gelangt ist [2]).

V.

Ist aber schließlich die Anwendung unserer Lehre auf die einzelnen Deliktsarten zu machen, so kann nicht davon die Rede sein, in dieser Beziehung alle oder auch nur die meisten Deliktsarten zu nennen. Dies schon deswegen nicht, weil die prak-

1) Anderer Meinung Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 105; Kohler, Studien S. 18 (in Beziehung auf die Urkundenfälschung). — Richtig Schwarze, sächsische Gerichtszeitung 1881 S. 22 ff.; John, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswiss. IV (1884) S. 74; Hälschner, das deutsche Strafrecht II S. 553; Merkel, v. Holtzendorffs Handb. III S. 801; Oppenhoff, N. 10 zu § 268; Olshausen, N. 7 zu § 269; v. Liszt, Lehrbuch 4. Aufl. S. 210; Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 439 ff. Reichsgericht I 2. Oktober 1882 (Entscheidungen VII S. 54), IV 27. Mai 1887 (Entscheidungen XVI S. 133).

2) Anderer Meinung v. Buri, Beilageheft zum Gerichtssaal 1885 S. 126; Rubo, Kommentar S. 406. — Richtig Hälschner, das gem. deutsche Strafrecht II S. 333; Merkel, v. Holtzendorffs Handbuch III S. 685; Oppenhoff, N. 6 zu § 243; Olshausen, N. 18 zu § 43; Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 439 ff., und hier auch Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 108.

tische Möglichkeit des Versuchs nach dem geltenden Rechte bekanntlich eine sehr eingeschränkte ist. Außerdem aber auch deswegen, weil nach der Art und Weise, wie bei manchen Delikten im geltenden Rechte die Vollendung bestimmt ist, die Frage nach dem Versuche auf Subtilitäten hinausläuft, wozu noch die bekannte Streitfrage nach der Möglichkeit eines Versuches des „Unternehmens" hinzukommt. Die nachfolgende Darstellung soll hiernach darauf beschränkt sein, die Richtigkeit unserer Ansicht an einigen der hauptsächlichsten Deliktsarten zu prüfen. Was aber

a) die Tödtung betrifft, und zwar sowohl den Mord (St.G.B. § 211), wie den Todschlag (St.G.B. § 212), so gehört zu den Ausführungshandlungen einer solchen noch nicht die Anschaffung oder Zubereitung des Werkzeuges; denn eine Tödtung kann auch mit einem schon bereitliegenden Werkzeug, ja auch ohne irgend ein Werkzeug verübt werden. Also auch nicht das Mischen des Giftes im Glase [1]). Und ebenso wenig das Sichhinbegeben an den Ort der Verübung [2]); denn es kann ja sein, daß sich der Thäter schon von vorn herein an Ort und Stelle befindet. Und ebenso wenig das Auflauern mit der Mordwaffe; denn es kann ja sein, daß sich das Opfer von vorn herein im Bereiche des Thäters aufhält. Vielmehr liegt ein Anfang der Ausführung der Tödtung erst dann vor, wenn der Thäter etwas thut, was sich als ein irgendwie gearteter Angriff auf das Leben des Anderen darstellt. Ein Anfang der Ausführung der Tödtung liegt also nicht nur darin, wenn der Thäter nach dem zu Tödtenden mit dem Messer stößt, wenn er auf ihn schießt, wenn

1) Anderer Meinung Mittermaier, Neues Archiv IV (1820) S. 22, und neuerdings v. Buri, Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft II (1882) S. 245, Beilageheft zum Gerichtssaal Bd. XXXVII (1885) S. 123.

2) Anderer Meinung Kohler, Studien aus dem Strafrecht S. 18, wenigstens für den Fall, daß der Thäter mit der blanken Waffe in die fremde Wohnung eindringt oder sich mit der elektrischen Leitung an Ort und Stelle begiebt (?), um Jemand zu tödten.

er die Dynamitpatrone anzündet, sondern auch darin, wenn er denselben anfaßt oder niederreißt, um ihn zu erwürgen oder zu erstechen, wenn er die vergiftete Speise hinstellt, damit der Andere davon genieße u. s. w. Zweifelhaft ist, ob schon das Hervorspringen des Thäters aus dem Versteck [1]), das Anlegen des Gewehrs auf den zu Tödtenden und das Zielen nach demselben [2]) als Versuch der Tötung zu strafen sei, eine Frage, die von unserem Standpunkt aus verneint werden zu müssen scheint, da man Jemanden tödten kann, auch ohne erst auf ihn zuzuspringen, auch ohne das Gewehr anzulegen und ohne zu zielen, nämlich dann, wenn er sich schon von selbst in der Schußlinie befindet. Richtiger aber ist in diesen Fällen in der That ein Versuch anzunehmen, da diese Handlungen ihrer allgemein wesentlichen Bedeutung nach schon einen Angriff enthalten [3]), insofern aber als unbedingt wesentlich für die Vollendung der Tödtung erscheinen.

b) Ganz ähnlich gestaltet sich die Frage hinsichtlich der Körperverletzung, soweit für dieselbe nach Lage des Gesetzes die Frage überhaupt von Bedeutung sein kann (vgl. St.G.B. § 225).

c) Ein Versuch der Abtreibung (St.G.B. § 218) liegt noch nicht vor, wenn die Thäterin sich zunächst nur die Mittel der Abtreibung verschafft hat, bezw. wenn sie dieselben zunächst nur zubereitet hat; und ebenso wenig, wenn sie das Mittel zunächst nur auf seinen Geschmack u. s. w. probirt hat. Denn eine Abtreibung kann auch seitens einer solchen Person begangen werden, welche die betreffenden Mittel schon zur Hand

---

1) So v. Bar, zur Lehre von Versuch und Theilnahme S. 31 f.

2) So Zachariä, Versuch I S. 202; Geib, Lehrbuch II S. 299 f.

3) Unzweifelhaft sind sie ein „gegenwärtiger Angriff" im Sinne des § 53 (Notwehr), worunter nicht ein unmittelbar bevorstehender, sondern ein sich jetzt vollziehender Angriff zu verstehen ist. Vgl. Lehrbuch 4. Aufl. S. 332.

hat, bezw. ein vorheriges Probiren des Mittels nicht für notwendig erachtet. Ein Versuch der Abtreibung ist vielmehr erst dann gegeben, wenn die Thäterin das betreffende innerliche Mittel wirklich eingenommen, bezw. das betreffende äußerliche Mittel bei sich angewandt hat, bezw. bei sich hat anwenden lassen.

d) Ueber die Vergiftung (St.G.B. § 229) gilt das Gleiche, was soeben über die Abtreibung gesagt wurde.

e) Was aber den Versuch des Zweikampfs betrifft (St.G.B. § 205), soweit diese Frage nach Lage des Gesetzes von Bedeutung sein kann (vgl. St.G.B. § 208) [1]), so kann als Versuch desselben noch nicht das Sichhinbegeben an den Ort des Zweikampfs erscheinen; und selbst das Antreten zum Zweikampf ist der richtigen Ansicht nach noch nicht Versuch, da als Zweikampf auch ein Kampf zwischen Solchen in Betracht kommt, die sich zufällig schon einander gegenüber befinden. Ein Anfang der Ausführung ist also erst dann gegeben, wenn der eine Teil die Waffe erhebt, um sie in der entsprechenden Weise zu gebrauchen, was allerdings auf das Nächste an die Vollendung des Zweikampfs (Vorliegen einer vollständigen Angriffshandlung) herangrenzt.

f) Ein Versuch der Freiheitsberaubung (möglich nur in Beziehung auf den qualifizirten Fall des Absatzes 2 des § 239) liegt nicht schon dann vor, wenn der Bedrohte etwa an den Ort der Einschließung gelockt wird, und zwar deswegen, weil man Jemanden einschließen kann, der sich schon in dem betreffenden Raume befindet. Vielmehr erst dann, wenn der Anfang mit dem Einschließen selber gemacht wird.

g) Ein Versuch des Menschenraubes (St.G.B.

---

1) Gegen die Möglichkeit eines Versuches auch in diesem Falle Olshausen, N. 5 zu § 208; Meves, die Strafgesetznovelle N. 9 zu § 208; Levi, zur Lehre vom Zweikampfverbrechen S. 117. Anders Lehrbuch 4. Aufl. S. 560.

§ 234) erfordert irgend eine Veranstaltung, welche den Bedrohten in die Gewalt des Thäters zu bringen bestimmt ist.

h) Aehnlich wie der Versuch der Tödtung und Körperverletzung gestaltet sich derjenige der Sachbeschädigung (St.G.B. § 303), der ebenfalls einen irgendwie gestalteten Angriff auf die Unversehrtheit der Sachen voraussetzt [1]). Kein Versuch der Sachbeschädigung ist es also, wenn der Thäter den fremden Hund, den er vergiften will, heranlockt; denn man kann auch einen Hund vergiften, den man schon in der Gewalt hat. Wohl aber ist es Versuch der Sachbeschädigung, wenn man das Gift in der Weise hinlegt, daß die fremden Tiere davon genießen können und sollen.

i) Was ferner die Unterschlagung (St.G.B. § 246) angeht, so ist es noch kein Versuch derselben, wenn Jemand sich erst die Sache verschafft, deren rechtswidrige Zueignung er beabsichtigt [2]), ein Fall, der keineswegs stets Diebstahl oder Betrug sein muß, vielmehr sehr wohl die Vorbereitung zu einer Unterschlagung sein kann. Und ebenso wenig ist es ein Versuch der Unterschlagung, wenn Jemand sich nach einem Käufer für die zu unterschlagende Sache umsieht. Wohl aber kann es ein Versuch der Unterschlagung sein, wenn der Thäter die fremde Sache einem Andern zum Kaufe anbietet, ein Fall, der übrigens nach Umständen sogar eine vollendete Unterschlagung sein kann [3]).

k) Von besonders großer Bedeutung ist natürlich der Versuch des Diebstahls, wobei zunächst der einfache (St.G.B. § 242), sodann der durch Einbruch, Einsteigen u. s. w. erschwerte Diebstahl (St.G.B. § 243) in Betracht kommt. Was

---

1) Baumgarten, Lehre vom Versuch S. 394.

2) Anderer Meinung Schütze, Lehrbuch S. 445 Anm. 14. Richtig Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht II S. 362; Merkel, v. Holtzendorffs Handbuch III S. 708; Oppenhoff, N. 60 zu § 246; Olshausen, N. 24 zu § 246; Baumgarten, Versuch S. 391.

3) Vgl. Lehrbuch 4. Auflage S. 643.

aber zunächst den einfachen Diebstahl betrifft, so ist es noch kein Versuch desselben, wenn der Thäter zunächst noch die Gelegenheit für die Verübung des Diebstahls auskundschaftet, oder wenn er sich den Zugang zur Sache ermöglicht oder zu erleichtern sucht [1]), oder wenn er die Sache von ihrem bisherigen Zusammenhange trennt oder zu trennen versucht (sie „beweglich" macht), um sie entwenden zu können [2]). Ebenso wenig aber ist es ein Versuch, wenn der Thäter sich an Ort und Stelle begiebt, um zu stehlen [3]). So, wenn der Thäter den Jahrmarkt betritt, auf welchem er zu stehlen sich vorgenommen hat, geschweige denn, wenn er die betreffende Stadt aufsucht, oder gar etwa erst den Bahnhof der einen Stadt betritt, um sich nach der anderen zu begeben [4]). Zweifel bestehen nur, wenn der Thäter das Haus oder die Wohnung betritt, und zwar ohne daß die Voraus-

1) Anderer Meinung eine sächsische Entscheidung, die Versuch annahm, als der Thäter ein keilartiges Holzstückchen unter den Drücker des Fensterladens geschoben hatte, um das Schließen des Fensters zu verhindern. Vgl. Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 288 f.

2) Anderer Meinung Schwarze, N. 6 zu § 242; Olshausen, N. 39 zu § 242; Merkel, v. Holtzendorff's Handbuch III S. 667; Baumgarten, Versuch S. 411.

3) Anderer Meinung v. Bar, zur Lehre von Versuch und Theilnahme Hannover 1859 S. 31 f., nach welchem es zwar kein Versuch ist, wenn Jemand eine entfernte Stadt aufsucht, um zu stehlen, wohl aber wenn er zu dem gleichen Zweck „in einen Laden läuft". Ebenso eine sächsische Entscheidung (vgl. Baumgarten, Lehre vom Versuche S. 288), welche wegen Versuchs strafte, als der Thäter sich in die Nähe eines Verkaufslokales begeben hatte, um zu stehlen. Richtig das Reichsgericht IV 21. Oktober 1884 (Rechtsprechung VI S. 641), als Jemand an den Strohschober, in welchem er stehlen wollte, herangetreten war und ein Bund Stroh aufgehoben hatte, um zu sehen, was oder wer sich darunter befinde. Vgl. auch die unten Seite 15 Anm. 3 erwähnte Entscheidung.

4) Anderer Meinung mehrfach die sächsische Praxis, welche Taschendiebe bestrafte, die auf dem Dresdener Bahnhof festgenommen wurden, da sie im Begriff standen, sich zum Zwecke von Entwendungen auf die Leipziger Messe zu begeben (mündliche Mitteilung des verstorbenen Generalstaatsanwalts v. Schwarze).

setzungen des Einschleichens (nach § 243 Nro. 7) vorliegen. Unseres Erachtens aber kann keine Rede davon sein, in einem solchen Falle schon wegen Versuches zu strafen [1]), und zwar deswegen, weil man auch ohne Eindringen in ein fremdes Haus oder eine fremde Wohnung stehlen kann, nämlich dann, wenn sich die Sache außerhalb oder wenn man selber sich innerhalb der Wohnung befindet. Vielmehr beginnt der Versuch erst dann, wenn irgend eine auf die Verdrängung des einen durch den anderen Gewahrsam gerichtete Veranstaltung vorliegt [2]), die keineswegs ein persönliches Zugreifen nach der Sache zu sein braucht. Was aber den erschwerten und zwar den durch Einsteigen oder Einbrechen erschwerten Diebstahl betrifft, so ist es noch kein Versuch, wenn der Thäter sich mit den Brechwerkzeugen, mit denen er einbrechen, und mit den Säcken, die er zur Fortschaffung des Getreides benutzen will, sich an der Außenseite der Scheuer einfindet, in welcher zu stehlen er beabsichtigt [3]). Ebenso ist es noch kein Versuch, wenn der Thäter die Leiter, auf der er ein-

---

1) Anderer Meinung Berlin 20. Febr. 1874 (Oppenhoff, Rechtsprechung XV S. 106), welches strafte, als der Thäter die Thür des Zimmers geöffnet hatte, um in demselben zu stehlen. Ebenso Berlin 26. Febr. 1876 (Oppenhoff, Rechtsprechung XVII S. 282), welches Versuch annahm, als der Thäter das Zimmer eines Gasthofs betreten hatte und in demselben hin und her gegangen war, um zu stehlen. Und ebenso Dresden 12. Januar 1874 (Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis IV S. 161). — Vgl. auch die Motive zu dem Entwurfe des württemb. St.G.B. von 1839 (Hufnagel, Kommentar I S. 128), auf Grund deren die frühere württembergische Praxis in solchen Fällen wegen Versuches strafte. — Richtig für das frühere gemeine Recht Zachariä, Versuch I S. 202 Anm. 1.

2) Reichsgericht II 9. Juli 1880 (Rechtsprechung II S. 179), II 13. Januar 1882 (Rechtsprechung IV S. 44).

3) So mit Recht das Reichsgericht II 19. Oktober 1883 (Entscheidungen IX S. 81, Rechtsprechung V S. 618) mit der Begründung, daß der Angeklagte weder mit der Handlung des Einbrechens, noch mit der Handlung des Wegnehmens begonnen habe.

steigen will, heranholt, und auch das nicht, wenn er die Leiter an die Wand oder das Fenster anlehnt [1]). Andererseits liegt ein Versuch des Einsteigens nicht erst dann vor, wenn der Thäter auf der obersten Sprosse steht und in das Haus eindringen will, sondern sobald er auch nur den Fuß auf die Leiter gesetzt hat. Denn irgend ein Steigen ist die wesentliche Vorbedingung dafür, daß der erschwerende Umstand des Einsteigens zur Verwirklichung gebracht wird.

l) Ein Versuch des Betruges (St.G.B. § 263) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter die Ware fälscht, mit welcher er zu täuschen beabsichtigt, oder wenn er die Ware zum Zwecke des Betruges auslegt; denn alles das kann im einzelnen Fall sehr notwendig sein, ist aber nicht allgemein wesentlich, um eine Täuschung zur Durchführung zu bringen. Vielmehr liegt ein Versuch des Betruges erst dann vor, wenn die auf Täuschung berechneten Worte gesprochen oder geschrieben, bezw. abgesendet sind, oder wenn eine sonstige auf die Täuschung einer Person berechnete Veranstaltung getroffen wurde [2]). Willkürlich aber ist es, das Gebiet des Versuches erst mit der Kenntnisnahme des Anderen von dem Täuschungsmittel beginnen zu lassen [3]).

m) Ein Versuch der Erpressung (St.G.B. § 253) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter den Brief schreibt, den er zum Zwecke der Nötigung benutzen will, sondern erst dann, wenn er einen solchen Brief absendet oder eine sonstige Handlung vornimmt, welche die Drohung zur Kenntnis des Anderen

---

1) Anderer Meinung Geib, Lehrbuch II S. 300. Dagegen Rethwisch, über den Anfangspunct S. 13.

2) Richtig Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht II S. 275; Berner, Lehrbuch 16. Auflage S. 573; Merkel, v. Holtzendorff's Handbuch III S. 776; Oppenhoff, N. 77 zu § 263; Olshausen, N. 52 zu § 263; Rüdorff-Stenglein (4. Aufl.), N. 37 zu § 263; Reichsgericht II 12. November 1886 (Entscheidungen XV S. 44).

3) So Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 392. Dagegen Lammasch, Gerichtssaal Bd. XXXXII (1889) S. 148.

zu bringen bestimmt ist [1]). Auch hier ist es willkürlich, das Gebiet des Versuches erst mit der wirklich erfolgten Kenntnisnahme seitens des Anderen beginnen zu lassen [2]). Handelt es sich aber um unmittelbare Gewalt, so versteht es sich von selbst, daß mit der zum Zwecke der Erpressung geübten Gewalt ein Versuch der Erpressung vorliegt.

n) Ein Versuch der Verletzung der Wehrpflicht durch Verlassen des Bundesgebietes (St.G.B. § 140 N. 1) ist noch nicht vorhanden, wenn der Thäter die erforderlichen Anstalten zur Abreise trifft oder über dieselbe die Behörde zu täuschen sucht. Andererseits ist ein Versuch unzweifelhaft gegeben, wenn der Thäter sich unmittelbar diesseits der Grenze befindet und im Begriff ist, dieselbe zu überschreiten, etwa den letzten Zug bestiegen hat, der bestimmt ist, ihn über die Grenze zu führen. Zweifelhaft ist nur, ob ein Versuch auch schon dann vorliegt, wenn der Thäter sich erst auf der Reise von seinem Wohnort bis zur Grenze befindet, eine Frage, die vom Reichsgericht bejaht wird [3]), und zwar wohl mit Recht, da man zwar das Bundesgebiet verlassen kann, ohne sich erst an die Grenze zu begeben (nämlich wenn man sich schon an der Grenze befindet), hier aber die Reise nach ihrer generellen Bedeutung (als Hinausstreben aus dem Bundesgebiet) in Betracht kommt.

o) Ein Versuch der Brandstiftung (St.G.B. §§ 306, 308) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter sich an denjenigen Ort begiebt, wo er den Brand zu erregen beabsichtigt [4]), und ebenso

1) Vgl. die Motive II S. 126.

2) So Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 392. Dagegen Lammasch, Gerichtssaal Bd. XXXXII (1889) S. 148.

3) Reichsgericht III 20. November 1880 (Entscheidungen III S. 136). Ebenso Olshausen, N. 11 zu § 140.

4) Anderer Meinung Mittermaier, Neues Archiv des Kriminalrechts Bd. II (1818) S. 608. Dagegen Zachariä, die Lehre vom Versuch I S. 202 Anm. 1.

wenig, wenn er die geeignete Stelle an dem Gebäude aussucht, da es sein kann, daß er sich schon ungesucht dieser Stelle gegenüber befindet. Und auch darin liegt noch kein Versuch der Brandstiftung, wenn der Thäter den Zündstoff zubereitet oder denselben unangezündet an die betreffende Stelle hinlegt [1]), oder denselben zwar anzündet, aber ohne ihn noch in die unmittelbare Nähe des Gebäudes zu bringen [2]). Denn alles dies ist für die Brandstiftung als solche unwesentlich, da es sehr wohl möglich ist, eine Brandstiftung auch ohne die Vermittlung eines besonderen Zündstoffs ins Werk zu setzen. Ein Versuch der Brandstiftung liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Thäter entweder das Gebäude selbst unmittelbar in Brand zu setzen im Begriff ist, oder wenn er den schon brennenden Zündstoff in die unmittelbare Nähe des Gebäudes verbringt.

p) Ein Versuch der Münzfälschung (St.G.B. § 146) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter sich die Werkzeuge zu einer solchen verschafft hat, und ebenso wenig, wenn er sich auf die That einübt, bezw. wenn er die angeschafften Werkzeuge zunächst probirt, und selbst dann noch nicht, wenn er einen wirklichen Probedruck herstellt [3]). Denn man kann auch ohne solche Veranstaltungen sofort an die Fälschung gehen, und erst diejenige Handlung enthält einen Versuch der Münzfälschung, welche dazu unumgänglich ist, daß falsche Geldstücke hergestellt werden. Das ist aber nur das Prägen und Gießen des Metallgelds, das Drucken des Papiergeldes oder der Banknoten, und nichts, was diesen Thätigkeiten vorausgeht.

q) Ebenso liegt ein Versuch der Urkundenfälschung (die Frage ist von thatsächlicher Bedeutung nur für den Fall

1) Anderer Meinung Baumgarten, die Lehre vom Versuch S. 393.

2) Richtig Osenbrüggen, die Brandstiftung Leipzig 1854 S. 113; Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 233; Pape, Versuch und Vollendung bei der Brandstiftung Halle 1889 S. 67 f.

3) Vgl. die folgende auf Urkundenfälschung bezügliche Entscheidung.

des § 268) noch nicht vor, wenn der Thäter sich etwa eine echte Urkunde als Vorbild der fälschlich anzufertigenden oder als Gegenstand der vorzunehmenden Verfälschung verschafft hat, und ebenso wenig, wenn der Thäter die fremde Unterschrift zunächst nur probeweise nachzumachen versucht hat [1]). Vielmehr ist ein Versuch der Urkundenfälschung erst dann vorhanden, wenn der Anfang mit der Fälschung selber gemacht ist. Ganz willkürlich aber ist, daß die Fälschung schon zu Ende geführt sein müsse [2]).

r) Ein Versuch des Meineids (St.G.B. §§ 153, 154) liegt noch nicht vor, wenn der Betreffende sich zum Eide erbietet, bezw. die ihm angebotene Eidesleistung annimmt, und auch dann noch nicht, wenn er sich zur Ableistung des Eides vor Gericht einfindet [3]). Denn auch ohne ein solches Erbieten und ohne Sichhinbegeben an einen bestimmten Ort kann eine Eidesleistung, bezw. die Leistung eines Meineids vorkommen. Ja, auch die Entgegennahme der Meineidsverwarnung und die Vornahme der Eidesgeberde werden der richtigen Ansicht nach noch nicht als Meineidsversuch zu strafen sein [4]), da diese Vorgänge zwar vorgeschrieben sind, nicht aber als unumgängliche Bestand-

---

1) Richtig Reichsgericht III 17. December 1885 (Entscheidungen XIII S. 213). Es handelte sich um die Anfertigung einer falschen Urkunde auf mechanischem Wege, und zwar durch Holzdruck, wobei der Thäter zunächst nur bis zur Herstellung des Holzstockes und Anfertigung eines Probedruckes vorgeschritten war.

2) So Oppenhoff, N. 22 zu § 267 (mit Beziehung auf eine Karlsruher Entscheidung).

3) Anderer Meinung Rüdorff-Stenglein 4. Aufl., N. 5 zu § 153 (ein bestimmtes Erbieten könne schon Versuch sein). Richtig schon Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 237 f.; Olshausen, N. 13 zu § 153.

4) Anderer Meinung v. Wächter, Vorlesungen S. 474 (der Versuch beginne mit dem Aussprechen der Eidesformel oder, wenn der Eidesleistung eine sie einleitende Handlung vorangehe, mit Vornahme dieser). Auch v. Liszt, Lehrbuch S. 210 (es entscheide der Beginn des Schwuraktes, zu dem auch die genannten Vorgänge gehören). Richtig Olshausen, N. 13 zu § 153.

teile der Eidesleistung erscheinen. Ein Versuch des Meineides ist vielmehr, was den Nacheid betrifft, erst dann gegeben, wenn der Thäter die zu der Eidesformel selber gehörenden Worte auszusprechen begonnen hat. Was aber den Fall des Voreides betrifft, so ist ein Versuch des Meineides noch nicht mit der Eidesleistung selber gegeben, sondern erst dann, wenn der Thäter seinem eidlichen Versprechen zuwider die Unwahrheit zu sagen anfängt. Denn, wenn auch in diesem Falle die Eidesleistung als wesentliche Bedingung der strafbaren Aussage erscheint, so gehört sie doch ebenso wenig zum Kreise des strafbaren Thuns, wie dies hinsichtlich des Aufgebotes mit Beziehung auf die Bigamie der Fall ist.

s) Ein Versuch der Bigamie (St.G.B. § 171) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter trotz des Hindernisses der bestehenden Ehe eine Verlobung eingeht, und ebenso wenig, wenn er die zur Eheschließung erforderlichen Zeugnisse herbeischafft, wenn er das Aufgebot bestellt, oder die Bescheinigung über das erfolgte Aufgebot erbittet, bezw. entgegennimmt [1]). Denn, wenn auch die Herbeischaffung der Zeugnisse und das Aufgebot vom Gesetze für wesentliche Vorbedingungen erklärt sind, so gehören sie doch nicht zur Eheschließung selbst, nur diese aber ist es, hinsichtlich deren es sich um den Anfang der Ausführung handelt. Ebenso wenig aber kann es schon einen Versuch der Bigamie begründen, wenn die Beteiligten sich zum Zwecke der Eheschließung auf das Standesamt begeben, und wenn sie den Standesbeamten auffordern, nunmehr zur Eheschließung zu schreiten [2]). Vielmehr

---

1) Anderer Meinung das Obertribunal zu Berlin in einer Entscheidung vom 7. Mai 1852. Richtig der Anklagesenat des Appellationsgerichts zu Köln in einer Entscheidung von 1860 (Goltd. Archiv Bd. VIII (1860) S. 695 f.); Dresden 30. Juli 1875 (Stenglein VI S. 247); Berlin 6. October 1876 (Stenglein VII S. 66); Olshausen, N. 8 zu § 171.

2) Anderer Meinung Berlin 30. Januar 1878 (Goltdammer's

liegt ein Versuch der Bigamie erst dann vor [1]), wenn mit dem Akte der Eheschließung selber begonnen ist, und zwar durch die Fragen, welche zu diesem Zwecke von seiten des Standesbeamten an die Beteiligten gerichtet werden. Daß der entscheidende Punkt nicht in einer Thätigkeit, sondern in einem passiven Verhalten des Thäters selber besteht [2]), steht nicht entgegen.

t) Ein Versuch des Deliktes aus § 12 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879 (Feilhalten gesundheitsschädlicher Nahrungsmittel) liegt noch nicht vor, wenn der Thäter sich verdorbenes Fleisch zum Zwecke des Verkaufes verschafft hat, ferner auch dann noch nicht, wenn er dasselbe zum Verkaufslokale geschafft [3]), und endlich auch dann noch nicht, wenn er dasselbe in dem Verkaufslokale einer besonderen Behandlung unterzogen hat, etwa durch Begießen mit Wasser, um ihm ein frischeres Ansehen zu geben [4]). Denn alles dies sind Handlungen, ohne welche ein Feilhalten als möglich erscheint, indem wir nur anzunehmen brauchen, daß sich das Fleisch schon im Verkaufslokal befindet und daß es (wenigstens nach Ansicht des Thäters) keiner besonderen Behandlung bedarf, um als möglicher

---

Archiv XXVI (1878) S. 122, Stenglein VIII S. 125); Geyer, Grundriß II S. 88.

1) So mit Recht das Reichsgericht III 15. October 1883 (Entscheidungen IX S. 84); Olshausen, N. 8 zu § 271.

2) Geyer, Grundriß II S. 88.

3) Anderer Meinung Reichsgericht III 10. November 1884 (Rechtsprechung VI S. 724), welches schon in dem Herbeischaffen des Fleisches einen Versuch des Feilhaltens erblickte. — Richtig dagegen Reichsgericht II 23. März 1886 (Entscheidungen XIV S. 35), daß die Absendung des Fleisches einen Versuch des Inverkehrbringens darstellen könne, und andererseits Reichsgericht IV 20. November 1886 (Entscheidungen III S. 136), daß das Feilhalten selbst noch nicht notwendig einen Versuch des Verkaufes enthalte.

4) Anderer Meinung das Reichsgericht III 15. Februar 1882 (Entscheidungen VI S. 46), mit der Begründung, daß, wenn mehr zum Versuch verlangt würde, kein Unterschied von der Vollendung vorhanden sein würde.

Gegenstand des Feilhaltens zu erscheinen. Ein Versuch jenes Deliktes liegt vielmehr erst dann vor, wenn der Thäter diejenige Veranstaltung, bezw. Anordnung getroffen hat, durch welche die Möglichkeit unmittelbarer Kenntnisnahme der Ware durch den Käufer bewirkt wird. Daß hiernach Versuch und Vollendung dieses Deliktes sehr nahe zusammenrücken, ist kein Grund, das Gebiet des Versuches früher beginnen zu lassen, als dies nach seinem Begriffe und im Sinne des Gesetzes als zulässig erscheint.

VI.

Da unsere eigentliche Aufgabe — den Anfang der Ausführung zu bestimmen — hiernach erschöpft ist, so könnten wir diese Arbeit als beendet ansehen, wenn sich nicht vom Standpunkt der richtigen Beantwortung unserer Frage noch die Aussicht darböte, daß durch dieselbe zugleich zwei andere berühmte und nie zur Ruhe gekommene Streitfragen ihrer Lösung vielleicht um etwas näher geführt werden könnten. Und zwar ist dies teils eine weitere Streitfrage aus der Lehre vom Versuche selbst, nämlich die berühmte, ja man kann (mit Rücksicht auf manche ihrer Bearbeitungen) sagen berüchtigte Frage nach dem absolut untauglichen Versuch, teils eine Streitfrage aus der Lehre von der Teilnahme, nämlich die nicht minder berühmte und praktisch wohl noch bedeutsamere Frage nach der Abgrenzung von Mitthäterschaft und Beihilfe gegen einander.

Was aber zunächst den absolut untauglichen Versuch betrifft, genauer den Versuch am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln, dessen Strafbarkeit bekanntlich vom Reichsgericht bejaht wird, dessen Strafbarkeit aber der Praxis in weiten Kreisen noch immer nicht einleuchten will, so wäre es gänzlich verkehrt, aus unserem Standpunkt etwas für die Verneinung der Strafbarkeit herleiten zu wollen. Geschehen könnte dies nur in der Art, daß man sagte: zu einem Anfang der Ausführung werde eine wesentliche Bedingung

des Erfolges verlangt; wesentliche Bedingung des Erfolges aber könne nur eine taugliche (oder doch nicht absolut untaugliche) Handlung sein, folglich müsse von diesem Standpunkt aus der absolut untaugliche Versuch straflos gelassen werden. Dabei ist aber der Zusatz vergessen, den wir gemacht haben und für unbedingt notwendig erklärten, nämlich daß es nicht auf die vom Thäter gesetzte Bedingung in ihrer konkreten Erscheinung, sondern in ihrer abstrakten Bedeutung ankomme, wonach z. B. das Giftbeibringen und das Schießen (zum Zwecke der Tödtung) nicht als solches, sondern als Angriff auf das menschliche Leben, das Zulangen nach der Sache (zum Zwecke des Diebstahls) nicht als solches, sondern als Angriff auf den fremden Gewahrsam in Betracht kommt. In dieser allein wesentlichen abstrakten Bedeutung aber ist auch ein Versuch mit absolut untauglichen Mitteln, ja auch ein Versuch am absolut untauglichen Objekt als ein Angriff, und damit im Sinne des Gesetzes als das Setzen einer wesentlichen Bedingung des Erfolges zu betrachten. Käme es daher auf eine rein grundsätzliche (prinzipielle) Entscheidung dieser Streitfrage an, so müßten wir uns auf die Seite des Reichsgerichts stellen. Gerade aber das ist freilich zu bestreiten; vielmehr ist diese, wie andere Fragen, im Sinne des Gesetzes nach der Analogie der in ähnlichen Fällen vom Gesetze getroffenen Anordnungen zu beantworten. Daß aber die Analogie dieses sonstigen Verhaltens des Gesetzes auf dem Gebiete des Versuchs und der Teilnahme mehr für die Verneinung, als für die Bejahung der Strafbarkeit dieser Fälle spricht, ist von uns schon an einem andern Ort bemerkt worden [1]), eine Begründung, die noch einer wesentlichen Erweiterung und Vertiefung fähig wäre, nur daß dies an diesem Ort und bei dieser Gelegenheit zu weit führen würde.

Was aber die zweite Streitfrage, die Abgrenzung zwischen

1) Lehrbuch 4. Aufl. S. 267.

Mitthäterschaft und Beihilfe, betrifft, so stehen sich bekanntlich zwei Ansichten gegenüber. Während nämlich von den Einen mit Bestimmtheit behauptet wird, daß sich der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe nur subjektiv bestimmen lasse, also danach, ob der Vorsatz des Thäters auf die eigene Begehung des Delikts oder nur auf die Unterstützung eines fremden Deliktes gerichtet sei [1]), wird von der anderen Seite mit der gleichen Bestimmtheit die Möglichkeit einer objektiven Unterscheidung behauptet [2]). Das Reichsgericht schwankt, indem es sich in einer Anzahl von Entscheidungen mehr für die subjektive, in anderen Entscheidungen mehr für die objektive Ansicht ausspricht. In dieser Beziehung aber kann für uns kein Zweifel sein, daß wir uns im letzteren Sinne zu erklären haben. Wäre der Unterschied nur ein subjektiver, so müßte auch das Mitthäterschaft sein können, wenn A. dem B. längere Zeit vor der That ein Werkzeug zur Verübung der That oder einen Rat in Beziehung auf die Verübung der That erteilt hat, und müßte andererseits Derjenige nur als Gehilfe und nicht als Thäter oder Mitthäter gestraft werden, der in der Absicht nur zu helfen, die Haupthandlung selber vollzog. Andererseits aber ist zuzugeben, daß eine befriedigende Abgrenzung bis jetzt nicht gefunden ist; das liegt aber nur daran, daß es an einer befriedigenden Begriffsbestimmung der Ausführungshandlung gefehlt hat. Insbesondere kann diejenige Begriffsbestimmung der Ausführungshandlung nicht genügen, welcher die Meisten folgen und der sich auch Birkmeyer anschließt. Wenn man nämlich als Ausführungshandlung diejenige Handlung ansieht, welche einen Teil der vom Gesetz unter Strafe gestellten Thätigkeit darstellt (vgl. oben S. 17 ff.), so ist dies nur tautologisch, und es möchte schwer sein,

1) Siehe die Anführungen im Lehrbuch 4. Auflage S. 286 Anm. 8, vor allem v. Buri in mehrfachen Abhandlungen.

2) Siehe die Anführungen im Lehrbuch 4. Auflage S. 286 Anm. 8, wozu neuerdings Birkmeyer, die Lehre von der Theilnahme S. 194 ff. hinzukommt.

von diesem Standpunkt irgend eine der vielfach verhandelten Streitfragen mit Sicherheit zu entscheiden. Ist es Mitthäterschaft oder ist es Beihilfe, wenn Jemand an Ort und Stelle dem Thäter das Werkzeug darreicht, womit dieser die Tödtung vollbringt? Ist es Mitthäterschaft oder Beihilfe, wenn Jemand den zu Tödtenden an Händen und Füßen festhält, damit der entscheidende Streich von einem Anderen geführt werde? Alles das bleibt im Dunkeln, wenn nicht gesagt wird, was denn unter der vom Gesetze unter Strafe gestellten That zu verstehen sei. Anders von unserem Standpunkt, nach welchem sich diese Fälle leicht und einfach entscheiden. Da ich Jemanden tödten kann, auch ohne mir erst dazu ein Werkzeug zu verschaffen — nämlich dann, wenn ich schon ein Werkzeug habe oder meine eigenen Gliedmaßen zu benutzen gesonnen bin —, so gehört das Darreichen des Werkzeugs nicht zu den Ausführungshandlungen der Tödtung, und zwar auch dann nicht, wenn sich der Darreichende an Ort und Stelle befindet. Da ich ferner Jemanden tödten kann, ohne ihn vorher seiner Freiheit zu berauben, so ist auch die Fesselung oder das Festhalten der Hände und Füße in Wahrheit nicht als Ausführungshandlung, sondern nur als Beihilfe zu betrachten. Und hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß das Festhalten des X. als ein Teil des auf ihn verübten Angriffs erscheint, da es nicht auf einen Angriff im allgemeinen, sondern auf den für die Tödtung wesentlichen Angriff ankommt.

Hiernach aber glauben wir die von einem neueren Schriftsteller [1]) aufgestellte Voraussetzung unsererseits erfüllt zu haben, welcher sich folgendermaßen ausspricht:

„Gelänge es, mit scharfen Worten und praktischer Brauchbarkeit das Wesen der Ausführung zu bestimmen, so würde freilich bezüglich der Teilnahme kaum noch Streit entstehen können",

---

1) v. Buri, Gerichtssaal Bd. XXXXV (1891) S. 30.

ohne freilich so kühn zu sein, die daran geknüpfte Folgerung auch unsererseits ziehen zu wollen. Denn, wenn die Worte auch noch so scharf gewählt werden, so bleibt die Formel selbst ihrer Natur nach etwas so Allgemeines, daß bei der Anwendung derselben für das Nichtaufhören von Zweifeln und Streitigkeiten in hinreichendem Maße gesorgt ist.

Die Strafrechtstheorien Kants und seiner Nachfolger
im Verhältnis zu den allgemeinen Grundsätzen der kritischen Philosophie.

Von

Hermann Seeger.

I.

Als die deutsche Philosophie nach dem Weltbrande von 1848 und 1849, noch mitten im Aschenregen einer öden politisch-kirchlichen Reaktion ihr Haupt wieder erhob, konnte es sich nicht darum handeln, die auf ihrem eigenen Gebiete widerlegte Dialektik des letzten großen Systemes zu einem Scheinleben zu erwecken. Entschlossen wandten ihr die ersten unter Hegels überlebenden Schülern den Rücken, und in der neu herangewachsenen Generation bildete sich vom Südwesten bis zu der Ostmark — wenn gleich noch ohne äußerlichen Zusammenhang — eine stille Gemeinde, welche den Wahlspruch „zurück zu Kant" mutig auf ihre Fahne schrieb [1]). Den richtigen Ausdruck hat diese Formel in den Worten gefunden, in welche die neueste, der kantischen Philosophie gewidmete Schrift sie gefaßt hat: „vorwärts von Kant aus" [2]). Gemeint aber war wohl von Anfang an nichts Anderes. Der Denker des achtzehnten Jahrhunderts hatte nach den kritischen Großthaten, welche ja erst seinen späteren Lebensjahren angehören, nicht mehr die Zeit und Kraft dazu gefunden, auch die positiven, wesentlich auf seine felsenfeste Ueberzeugung von der Wahrheit und unerbittlichen Majestät des sittlichen Bewußtseins gegründete Seite seines Systemes auszubauen; ja er

---

1) Vergl. Ueberweg, Grundriß der Geschichte der Philosophie, III. Teil, 7. Auflage von Heinze 1888, S. 429, 464 ff., meine Abhandlung über die Todesstrafe, 1855 und in den Abhandl. a. d. Strafrecht, 1858, S. 1 ff.

2) Alfred Hegler, die Psychologie in Kants Ethik S. III–V.

hat durch die schneidend einseitige, teilweise geradezu formalistische Fassung, welche er den Grundsätzen der metaphysischen Tugend- und Rechtslehre gab, sich diesen Ausbau selbst unmöglich gemacht [1]). Aufgabe der Nachfolger, welche an den Errungenschaften der kritischen Schule festhielten, mußte es sein, mit ihnen die Ergebnisse des eigenen Forschens und alles Dessen zu verbinden, was die Wissenschaft dem umfassenden Geiste Hegels und der Gedankenarbeit seiner selbständigen Nachfolger, der Philosophen Zeller, Schwegler, Friedrich Vischer, Joh. Ulr. Wirth, Karl Köstlin, der Juristen Abegg, Heffter, Reinhold Köstlin, Berner und so mancher Anderen verdankt. Hierzu kamen die auch für die Rechtsphilosophie fruchtbaren Leistungen der geschichtlichen Juristenschule, die gedankenreichen Untersuchungen Iherings über Geist und Naturlehre des Rechts [2]) und über den Zweck im Recht, die Werke der Philosophen und Juristen, welche eine von den bisherigen Systemen unabhängige Weltanschauung zu begründen unternahmen oder der praktischen Ausgestaltung des Rechtes in Lehre, Gesetzgebung und Anwendung eine verdienstvolle Thätigkeit widmeten.

Keinem Zweige der Rechtswissenschaft sind die Schöpfungen des philosophischen Denkens so zu statten gekommen, wie dem

---

1) Eduard Zeller, in den Abhandlungen über das kantische Moralprinzip und den Gegensatz formaler und materialer Moralprinzipien, 1879, über Begriff und Begründung der sittlichen Gesetze, 1882 (Vorträge und Abhandlungen 3. Sammlung, 1884, S. 156 ff.), Christoph Sigwart, Vorfragen der Ethik, Festschrift der philosophischen Fakultät in Tübingen zu Zellers Doktorjubiläum, 1886, S. 22 ff., 26 ff.

2) Mit Recht konnte Ihering über den „Geist des römischen Rechts" in der Vorrede zur zweiten Auflage S. IX sagen: Man würde den ganzen Zweck meines Werks verkennen, wenn man es als ein wesentlich rechtshistorisches auffassen wollte. Mein Augenmerk ist nicht das römische Recht, sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen, m. a. W. meine Aufgabe ist mehr rechtsphilosophischer und dogmatischer Art als rechtshistorischer, den letzteren Ausdruck in dem Sinn genommen, in dem unsere heutige Wissenschaft die Aufgabe der Rechtsgeschichte erfaßt und zu lösen sucht.

Strafrechte, dessen Darstellung und Uebung in der unmittelbar vorangegangenen Zeit zwischen den grausamen Strafen veralteter Gesetze und der menschenfreundlichen, aber vielfach seichten Denkungsweise der Aufklärungsperiode hin- und hergeschwankt hatte. Feuerbachs Bezeichnung der allgemeinen Strafrechtslehre als des philosophischen Teiles [1]) war vom Standpunkte der alt-gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis mehr im Ausdrucke paradox als der Sache nach unrichtig. Bei der Lückenhaftigkeit und Verschiedenartigkeit der positiven Quellen konnte eine wissenschaftliche, also mindestens in sich einheitliche und widerspruchslose Entwicklung der Lehren von den Strafrechtsnormen, der strafbaren Handlung, der Strafe und ihrer Anwendung nur aus der Natur der Sache, aus dem vernunftmäßig erkannten Wesen der Handlung und Strafe, also aus wissenschaftlicher Untersuchung über Zurechnungsfähigkeit, schuldhaften Willen, äußere That, Teilnahme und Begünstigung, über strafwürdige Rechtswidrigkeit und die Gründe ihrer Ausschließung, über Grund, Zweck, Wirkung und Surrogate der Strafe gewonnen werden. Ob man diese Untersuchung mit Feuerbach und Grolman als philosophische bezeichnete oder unter Berufung auf die zerstreuten Aussprüche der Quellen auf den Geist des positiven Rechtes gründete, war im Ergebnis ziemlich gleichgiltig; jedenfalls bildete philosophisches Denken das geistige Band, und der Verweisung Thibauts auf jenen Geist der positiven Kriminalgesetze konnte Feuerbach nicht ohne Grund entgegenhalten: „Da unser gemeines Recht aus sehr „verschiedenen Gesetzeskörpern zusammengesetzt ist, von denen jeder „seinen ganz eigenen Geist hat, da jene Gesetzeskörper größten„teils wieder nur aus Bruchstücken verschiedenen Alters zusammen-

---

1) Lehrbuch des peinlichen Rechts, erstes Buch, Ueberschrift „philosophischer oder allgemeiner Teil des peinlichen Rechts", und § 102b. Nr. II., Revision I. S. 200. Vergl. akademische Antrittsrede über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S. 53—63.

„gesetzt sind, von welchen die meisten wieder von ihren eigenen „Elementargeistern beherrscht werden, die in ihren Zwecken und „Ansichten (deren sie sich überdiß nur sehr selten klar und deut„lich bewußt sind) oft auf das Grellste einander widerstreiten: „so darf es für eine logische Unmöglichkeit gelten, aus solchen „Elementen mittelst der Analogie oder bloßer Abstraktion über„einstimmende und für den praktischen Gebrauch auch nur einiger„maßen ausreichende Normen zusammenzubringen; wenn man „nicht, um das Widersprechende scheinbar auszugleichen und die „Lücken auszufüllen, doch wieder versteckterweise eine allgemeine „Theorie zur Aushilfe nehmen will... Jedenfalls ... ist eine „zusammenhangende Theorie keine unsicherere Norm als eine „schwankende, jedenfalls auch nur nach individuellen Ansichten „bestimmte Analogie, oder ein sogenannter Geist, den Jeder, „nach Beschaffenheit seiner Augen, in dieser oder jener Gestalt „oder auch gar nicht sieht" [1]).

Als die Gesetzgebung der deutschen Einzelstaaten jenem unhaltbar gewordenen Zustande des positiven Rechtes ein Ende machte, war es wieder die Philosophie, welcher ausgesprochenermaßen die Grundlagen der neuen Schöpfungen entnommen wurden. Diß gilt vor Allem von dem bairischen Strafgesetzbuch von 1813, das bis zur Mitte des Jahrhunderts für alle folgenden Quelle und Vorbild blieb. Zwar wurde Feuerbachs ausdrückliche Hinweisung auf seine Theorie von dem bairischen Geheimerat aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung im ersten Artikel jenes Gesetzbuches (Art. 6 des Entwurfes) gestrichen; allein in den wirklichen Anordnungen desselben hat sie sich mit ungeschwächter Kraft behauptet und jene Abweichung von dem Vorschlage des Ent-

1) Lehrbuch § 102b. Anmerk. 6. — Der Versuch Abeggs, Strafrechtstheorien S. 78 ff., 118 ff., als Prinzip der gemeinrechtlichen Gesetze das der „Gerechtigkeit" im Gegensatze zu dem der Abschreckung, Besserung u. s. w. nachzuweisen, ist, wie wohl jetzt allgemein zugegeben wird, mislungen.

wurfes wurde mit dem ausdrücklichen Anerkenntnis begleitet, das Strafrecht des Staates gründe sich, der verschiedenen Theorien und Streitigkeiten der Rechtslehrer ungeachtet, so tief in der Vernunft, daß man es für ebenso überflüssig als zweckwidrig erachtet habe, darüber im Gesetzbuche Etwas zu sagen [1]). Für den Standpunkt der Gesetze, welche dem bairischen folgten, bezeichnend ist die Ausführung in den Motiven zu dem württembergischen, welches sich gleich dem sächsischen von 1838, dem hannoverischen und dem hessen-darmstädtischen jenem Vorbild am Engsten anschloß: alle wissenschaftlichen Theorien wollen daß durch die Strafe die Rechtsordnung erhalten, gesichert werde; das Mittel hierzu sei ihnen die Zufügung eines Uebels, welches genügend sei, den Verletzungen dieser Ordnung — sei es durch Abschreckung, Prävention oder Besserung — vorzubeugen; nur durch Vereinigung aller zum Zweck dienlichen Mittel, welche die verschiedenen Theorien der Schule getrennt darbieten, könne es dem Gesetzgeber gelingen, jenen Endzweck zu erreichen; dem Entwurfe des Gesetzbuches sei daher keine der verschiedenen Strafrechtstheorien ausschließlich zu Grund gelegt, der psychische Zwang, welchen die Androhung eines Strafübels auf die Gemüter übe, sei zwar als ein besonders wirksames Mittel, von Verbrechen abzuhalten, anerkannt, daneben seien aber die anderen in der Wissenschaft aufgestellten Strafzwecke von dem Plane des Gesetzbuchs nicht ausgeschlossen worden [2]).

Wichtiger als solche theoretisirende Ausführungen war daß der Stoff der Gesetze der wissenschaftlichen Lehre entnommen wurde, welche im Anschluß an die überlieferte Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes, aber unabhängig von ihren großen-

1) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern nach den Protokollen des königlichen geheimen Rats Band I. Seite 65 f. — Vergl. Abegg, Strafrechtstheorien Seite 165—168.

2) Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg, 1836, II. Motive Seite 4—7.

teils unsicheren Ergebnissen durch Feuerbach, Grolman und ihre Nachfolger wesentlich auf dem Boden der kantischen Philosophie ausgebildet worden war [1]).

Der Irrtum freilich, den Wächter noch 1822 als vorherrschend bezeichnete [2]), daß nur das philosophisch Richtige auch anwendbar sei, wurde weder von den Meistern der Wissenschaft festgehalten noch hat er sich bei der Masse der Juristen behauptet. Aber durch den Einfluß auf die Gesetzgebung und auf die systematische Durchbildung der Rechtslehre hat die Philosophie es bewirkt, daß ihre Grundsätze für die seit dem letzten Jahrzehnte des achtzehnten Jahrhunderts rasch voranschreitende Reform des Strafrechtes bestimmend wurden. Unstreitig hat hierzu die Formvollendung, die Begriffsschärfe und der folgerichtige Gedankengang der feuerbachischen Werke zunächst das Meiste beigetragen. Allein eben diese Vorzüge verdankte der jugendlich gährende „Vesuvius“ wesentlich der strengen Zucht, unter welche die kritische Philosophie die Geister und die Gesinnung der emporstrebenden Generation gebeugt hatte.

II.

In der Darstellung der wissenschaftlichen Ansichten über den Rechtsgrund und die Zwecke der Strafe wird gewöhnlich nach systematisch-dogmatischer Methode verfahren. Die obersten Gesichtspunkte der Einteilung bilden hierbei die Entgegensetzung der absoluten und relativen und die der einfachen (reinen) und zusammengesetzten (gemischten) oder Vereinigungs-Theorien, sei es daß mit Bauer dichotomistisch der letztere Gegensatz als Haupt-

1) Wächter, die deutsche Strafrechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Band I., 1855, S. 105 ff.

2) Votum vom 22. August 1822 zu einem amtlichen Berichte der Tübinger Juristenfakultät an das württembergische Ministerium (bei den Akten der Fakultät). S. meinen Nekrolog in der Zeitschrift Unsere Zeit, Jahrgang 1880, Seite 724 f.

einteilung, der erstere als Unterabteilung der einfachen Theorien gefaßt oder mit Berner und Hugo Meyer die absoluten, die relativen und die Vereinigungstheorien dreigliedrig neben einander gestellt werden [1]). Die relativen Theorien teilt z. B. Bauer, welcher hier wie sonst die Regeln der formalen Logik aufs Genaueste befolgt, in Vergütungs- (Erstattungs-) und Verhütungstheorien, die letzteren wieder in Androhungs- und Strafzufügungstheorien. Als Androhungstheorien bezeichnet er Feuerbachs Theorie des psychischen Zwanges und die von ihm selbst aufgestellte Warnungstheorie. Die Strafzufügungstheorien unterscheidet er zunächst darnach, ob sie als Besserungs- oder Verteidigungstheorie die Einwirkung auf den Bestraften oder die Wirkung auf „sämtliche Bürger“ — Theorie der unmittelbaren Abschreckung — als Zweck der Strafe behandeln. Unter den Begriff der Verteidigungstheorie werden die der Prävention und die der Notwehr gestellt.

Diese Darstellungsweise gewährt den Vorteil einer gedrängten und leicht faßlichen Übersicht; für die Einordnung der Ansichten, welche namentlich im Laufe der letzten fünfzig Jahre ohne Anknüpfung an eine allgemeine philosophische Weltanschauung aufgestellt worden sind, bietet sie die einzige sachgemäße Form. Der tiefere Einblick in die Theorien aber, die aus dem Boden der umfassenden philosophischen Systeme erwachsen waren, kann nur auf dem Wege gewonnen werden, welcher diese besondere Lehre mit der allgemeinen Geschichte der Philosophie verbindet. Diesen Weg hat einst Reinhold Köstlin eingeschlagen [2]), und ebenso verfuhr der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung in einer 1858 gedruckten Beilage zu seinen Vorlesungen. Allein Köstlins Darstellung und Beurteilung der aus der kantischen Philosophie hervorgegangenen Grundansichten leidet, wie so manches

1) Bauer, Abhandlungen Band I. S. 28 f.; Berner, Lehrbuch §§ 3 ff., H. Meyer, Lehrbuch § 3 Nr. 2b–c.

2) Neue Revision S. 768 ff., 788 ff., System S. 390 ff., 397 ff.

sonst vortreffliche Werk der hegelischen Schule, z. B. Schweglers Geschichte der Philosophie im Umriß, an Überschätzung der dialektischen Methode und an der von Hegel selbst veranlaßten Überhebung über das ältere Naturrecht und den „subjektiven Idealismus“ [1]).

Eine wahrhaft geschichtliche, unbefangene Betrachtungsweise deckt einen Grundirrtum auf, welcher in den gewöhnlichen Darstellungen der Strafrechtstheorien bei der Einteilung in absolute oder Gerechtigkeits- und relative oder Nutzungs-, Nutzungstheorien begangen zu werden pflegt. Man geht bei dieser Einteilung meistens von der Ansicht aus, als ob die Zwecke der Strafe nicht im allgemeinen Wesen derselben begriffen, sondern etwas diesem Wesen gegenüber Äußerliches, Fremdes, Willkürliches seien, oder sogar, daß bei diesen Zwecken gar nicht auf Gerechtigkeit, sondern auf Behandlung des Verbrechers als Mittels für Andere, als bloßen Gegenstandes für den Nutzen ausgegangen werde. Dieser Voraussetzung zufolge bezeichnet man die absoluten Theorien als diejenigen, welche die Strafe nicht aus einem außerhalb ihrer liegenden Zwecke rechtfertigen, sondern in ihr die schlechthin notwendige Folge des Verbrechens, sie als an und für sich gerecht und darum als Selbstzweck, als absolut erkennen. Dagegen wird von sämtlichen relativen, d. h. die Strafe durch Zwecke rechtfertigende Theorien ausgesagt, daß sie die Absolutheit und Substantialität des Rechts und Staats läugnen und Beides vielmehr zu einem Produkte des Ichs machen, daß ihnen der Begriff des Wohls (der Summe aller Zwecke des Ichs) das höchste Prinzip bilde, das, wie in allen Staatsfunktionen, so auch in der Ausübung der Strafjustiz das höchste Gesetz ausmachen soll [2]). Köstlin zwar erkennt hierbei an, daß die in

1) Vergl. Hegels Rechtsphilosophie § 29 Zusatz. — Gegen die aus der Ueberschätzung der dialektischen Methode hervorgegangenen Misverständnisse s. Rümelin, Reden und Aufsätze I. S. 47 ff.

2) Köstlin, System S. 396 ff.

Deutschland hervorgetretenen relativen Theorien das Recht nicht nur um des Nutzens willen zulassen, sondern es als das allein Nützliche fordern; daß ihr Ich nicht das empirische, sinnliche, egoistisch nach seinem beliebigen Wohle strebende, diesem Alles unterordnende Ich des Materialismus, vielmehr das zur Offenbarung der sittlichen Idee selbst berufene Ich des Idealismus sei, dem es bei seiner Selbstbeschränkung behufs der Bildung des Staats eben nur um die Herrschaft des Rechtsgesetzes als solchen, als des einzigen Mittels, welches das Zusammenleben freier vernünftiger Menschen möglich mache, zu thun sei, daher auch der Staat hier nicht als notwendiges Übel, als Fessel der Freiheit, sondern als das adäquate Medium ihrer Existenz, als Mittel zur Erreichung des höchsten sittlichen Zweckes erscheine [1]). Allein diese Einsicht in den tieferen Gehalt der aus der kantischen Philosophie entsprungenen Theorien fehlt in den gewöhnlichen Darstellungen; sie thun, wie Wächter mit Grund hervorhob, „den relativen Theorien insofern Unrecht, als die meisten der- „selben sich nicht lediglich durch den Nutzen, dem die Strafe „diene, zu begründen und zu rechtfertigen suchen und keineswegs „bloß den Nutzen an die Stelle des Rechtes setzen wollen, viel- „mehr für die Strafe einen rechtlichen Grund und ihre Über- „einstimmung mit der Rechtsidee nachzuweisen suchen" [2]). In Wirklichkeit dient die Strafe in und mit der Erfüllung ihrer besonderen Zwecke dem Rechte, d. h. der durch das Wesen des Menschen geforderten, vernunftgemäßen Ordnung des Zusammenlebens. Die innere Einheit der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit entspricht im Strafrechte gleich sehr wie auf jedem anderem Gebiete dem Postulate, welches „die unentbehrliche Voraussetzung jedes wissenschaftlichen Denkens ist": daß die einzelnen Gedanken unter sich in harmonischem, widerspruchslosem Zusammenhang stehen. (Sigwart, Logik II. S. 8 ff., 582 ff.)

1) System S. 397 Nr. 2, 403.

2) Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht S. 12.

III.

In Kants „methaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“ finden sich, wie über das öffentliche Recht überhaupt, so auch über Verbrechen und Strafen nur vereinzelte Aussprüche. Die bekanntesten und wichtigsten derselben sind seine Bezeichnung des Strafgesetzes als kategorischen Imperativs und die Begründung der Strafe auf Wiedervergeltung, welche er sogar als materielle Talion faßt.

Richterliche Strafe, sagt er, kann niemals bloß als Mittel, ein anderes Gute zu befördern, für den Verbrecher selbst oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Andern gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachrechts gemengt werden, wowider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen gar wohl verurteilt werden kann. Er muß vorher strafbar befunden sein, ehe noch daran gedacht wird aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen. Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ, und wehe Dem, welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, um Etwas auszufinden, was durch den Vorteil, den es verspricht, ihn von der Strafe, oder auch nur in einem Grade derselben entbinde, nach dem pharisäischen Wahlspruch „es ist besser, daß ein Mensch sterbe, als daß das ganze Volk verderbe“; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben. (Der letzte Satz wird an dem Beispiele des Vorschlages, einem todeswürdigen Verbrecher unter der Bedingung, daß er sich zu gefährlichen Experimenten hergebe, das Leben zu schenken, erläutert) [1]).

1) S. 226 f. (in der zweiten Auflage).

Den Kern dieser Ausführung bilden die beiden Gedanken:
verbrecherische Schuld ist die wesentliche und unentbehrliche Voraussetzung einer Bestrafung;
jede solche Schuld muß die verdiente Strafe nach sich ziehen.

Insbesondere können Rücksichten der Zweckmäßigkeit weder die Verhängung einer nicht durch nachgewiesene Schuld begründeten Strafe noch den Erlaß oder die Milderung einer verwirkten Strafe rechtfertigen.

Den ersten Satz leitet Kant aus dem Wesen der Persönlichkeit, näher daraus ab, daß es demselben widerspräche eine Person als bloßes Mittel für die Absichten eines Andern zu behandeln. Dieser Gedanke ist ein Bestandteil der dreifachen Formel, welche Kant in der „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" als Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft (Sittengesetz) oder kategorischen Imperativ bezeichnet:

„1. Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du „zugleich wollen kannst, daß sie allgemeines Gesetz werde, oder: „so als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen „zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte.

„2. Der Grund eines möglichen kategorischen Imperativs, „d. h. eines praktischen Gesetzes, kann nur in Etwas liegen, dessen „Dasein an sich selbst einen absoluten Wert hat, Zweck an sich „selbst ist. Diß ist bei dem Menschen oder überhaupt jedem „vernünftigen Wesen der Fall. Daher ist der obige erste Grundsatz „(1) gleichbedeutend mit der Formel: handle so, daß du die „Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines „jeden Andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als „Mittel brauchst.

„3. Aus der Verbindung dieser beiden Prinzipien ergiebt „sich weiter als solches: handle nach der Idee des Willens eines „jeden vernünftigen Wesens als allgemein gesetzgebenden Willens" [1]).

---

1) Ausgabe von Hartenstein, Band IV. S. 43 ff. Vergl.

Den zweiten Grundsatz — in der Fassung:

„daß, in der Ordnung der Zwecke, der Mensch (mit ihm „jedes vernünftige Wesen) Zweck an sich selbst sei, d. i. niemals „bloß als Mittel von Jemanden (selbst nicht von Gott) ohne „zugleich hiebei selbst Zweck zu sein, könne gebraucht werden, „daß also die Menschheit in unserer Person uns selbst heilig „sein müsse" —

folgert Kant in der Kritik der praktischen Vernunft daraus, daß er das Subjekt des moralischen Gesetzes, mithin Dessen sei, was an sich heilig sei, um Dessen willen und in Einstimmung mit welchem auch überhaupt nur Etwas heilig genannt werden könne. Denn dieses moralische Gesetz gründe sich auf der Autonomie seines Willens als eines freien Willens, der nach seinen allgemeinen Gesetzen notwendig zu Demjenigen müsse einstimmen können, welchem er sich unterwerfen solle [1]).

Den ersten Satz „handle nur nach derjenigen Maxime, von der du zugleich wollen kannst, daß sie allgemeines Gesetz werde," nennt Kant den einzigen kategorischen Imperativ (Grundlegung S. 43); doch ist es nach der ganzen Ausführung unzweifelhaft, daß er diesen Begriff auch auf die beiden anderen, aus ihm abgeleiteten Grundsätze (oben 2 und 3) bezieht.

Auffallend ist es demnach, daß in der Rechtslehre a. a. O. auch das Strafgesetz, insbesondere (S. 235) der Satz, daß die Tötung mit dem Tode bestraft werden solle, als kategorischer Imperativ bezeichnet wird. Diß kann, wenn der Begriff „kategorisch" hier nicht in einer anderen, weiteren Bedeutung verstanden ist, nur den Sinn haben, daß das Strafgesetz in jenem obersten Grundsatz implicite mit enthalten sei, daher in analytischer Entwicklung aus ihm abgeleitet werden könne. In Wirklichkeit gilt Diß nur

---

Ueberweg, Grundriß III. S. 272, Windelband, Geschichte der Philosophie, 1892, S. 435 f.

1) S. 237 (in der vierten Auflage); Ausgabe von Hartenstein IV. S. 254.

von dem einen Bestandteil des Strafgesetzes, von der Bezeichnung der strafbaren Handlung, dem Gebot oder Verbot, an welches die Strafdrohung geknüpft ist, der „Norm“ im Sinne Bindings. Denn die Unstatthaftigkeit einer Handlung, welche einen den Anforderungen an eine allgemeine Gesetzgebung widerstreitenden Willen bethätigt, durch welche ein Mensch nur als Mittel für fremde Zwecke behandelt wird, welche der Idee des Willens eines jeden vernünftigen Wesens als allgemein gesetzgebenden Willens widerstreitet, ist nichts Anderes als ein negativer Ausdruck für die oben genannten drei Gebote, welche den einen kategorischen Imperativ bilden. Aber darüber, daß die Unstatthaftigkeit solcher Handlungen sofort auch Strafwürdigkeit begründe, ist hiermit nichts ausgesagt; ja die richterliche Strafe, von welcher allein Kant in der Rechtslehre spricht, kann unmöglich für alle jene Handlungen gelten, da in denselben auch die bloß unmoralischen begriffen sind — von dem Unterschied zwischen dem strafwürdigen und dem nur bürgerlichen Unrechte noch ganz zu schweigen.

Auch der negative Satz, welcher in der Rechtslehre die Ausführung über Strafgesetz und Strafe einleitet, wird durch den kategorischen Imperativ, so wie er in der Grundlegung und in der Kritik der praktischen Vernunft gefaßt ist, nur in sehr beschränkter Weise begründet. Dieser Imperativ gebietet nur, einen Menschen jederzeit als Zweck, nie als bloßes Mittel für Andere zu behandeln. Er schließt also die Begründung der Strafe auf vernünftige Zwecke des Schuldigen selbst — Besserung, Aussöhnung mit Staat und Gesellschaft, Schutz vor Rache — und auf solche Zwecke der Gesellschaft, welche zugleich Zwecke jedes Einzelnen sind, nicht aus. Ja, vom Standpunkt umfassender Betrachtung muß man sagen, daß jeder vernünftige Zweck der Gesamtheit zugleich für alle Einzelnen, da sie nur innerhalb der Gemeinschaft ihre sittliche Bestimmung erfüllen können, Wert hat, mithin für Jeden als homo noumenon, vermöge der gesetzgebenden Vernunft, an welcher er Teil hat, mit Zweck ist.

Etwas seltsam nimmt sich in dem letzten der Sätze, die oben S. 10 aus der Rechtslehre angeführt sind, die Bezugnahme auf den Ausspruch des Hohepriesters Kaiaphas aus[1]). Denn bei diesem handelt es sich ja — abgesehen von der unbewußt prophetischen Deutung, welche ihm der Verfasser des Evangeliums gegeben hat, um den entgegengesetzten Fall: Kaiaphas beruft sich auf das allgemeine Wohl für die ungerechte Bestrafung eines Unschuldigen.

Ungleich bedeutsamer als die eben mitgeteilte Stelle sind für Kants Auffassung der Strafe die allgemeinen Gedanken, welche er in dem Streit über die Todesstrafe gegen Beccaria ausspricht. Der italienische Philosoph hatte die Unrechtmäßigkeit dieser Strafart damit begründet, daß sie in dem ursprünglichen bürgerlichen Vertrage nicht enthalten sein könne. Zu dem Letzteren, meint er, wäre notwendig gewesen, daß Jeder im Volk eingewilligt hätte sein Leben zu verlieren, wenn er etwa einen Anderen ermordete; diese Einwilligung aber sei unmöglich, weil Niemand über sein Leben verfügen könne[2]).

Kant erklärt Diß für Sophisterei und Rechtsverdrehung. „Strafe," sagt er, „erleidet Jemand nicht, weil er s i e, sondern „weil er eine s t r a f b a r e H a n d l u n g gewollt hat; denn „es ist keine Strafe, wenn Einem geschieht, was er will, und „es ist unmöglich, gestraft werden zu wollen. -- Sagen: ich „will gestraft werden, wenn ich Jemand ermorde, heißt nicht „mehr als: ich unterwerfe mich samt allen Uebrigen den Gesetzen, „welche natürlicher Weise, wenn es Verbrecher im Volke giebt, „auch Strafgesetze sein werden. Ich, als Mitgesetzgeber, der „das S t r a f g e s e t z diktiert, kann unmöglich dieselbe Person „sein, die, als Unterthan, nach dem Gesetz bestraft wird; denn „als ein solcher, nämlich ein Verbrecher, kann ich unmöglich eine „Stimme in der Gesetzgebung haben (der Gesetzgeber ist heilig). „Wenn ich also ein Strafgesetz gegen mich, als einen Verbrecher,

1) Evangelium nach Johannes Kap. 11 V. 50, Kap. 18 V. 14.

2) dei delitti e delle pene § 28 (16).

„abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich=gesetzgebende Vernunft „(homo noumenon), die mich als einen des Verbrechens fähigen, „folglich als eine andere Person (homo phaenomenon) samt „allen Übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft. „Mit anderen Worten: nicht das Volk (jeder Einzelne in dem= „selben), sondern das Gericht (die öffentliche Gerechtigkeit), mithin „ein Anderer als der Verbrecher, diktirt die Todesstrafe, und im „Socialkontrakt ist gar nicht das Versprechen enthalten, sich „strafen zu lassen, und so über sich selbst und sein Leben zu „disponiren. Denn wenn der Befugnis zu strafen ein Ver= „sprechen des Missethäters zum Grunde liegen müßte, sich „strafen lassen zu wollen, so müßte es diesem auch überlassen „werden, sich straffällig zu finden, und der Verbrecher würde „sein eigener Richter sein. Der Hauptpunkt des Irrtums (πρῶ- „τον ψεῦδος) dieses Sophismus besteht darin, daß (man?) das „eigene Urteil des Verbrechers (das man seiner eigenen Vernunft „notwendig zutrauen muß), des Lebens verlustig werden zu müssen, „für einen Beschluß des Willens ansieht, es sich selbst zu „nehmen, und so sich die Rechtsvollziehung mit der Rechts= „beurteilung in einer und derselben Person vereinigt vorstellt."

Diese Ausführung stimmt mit den Grundgedanken der von Kant aufgestellten Sittenlehre überein. In der Grundlegung zur Methaphysik der Sitten bezeichnet er als das unterscheidende Merkmal seiner Lehre in Vergleichung mit allen früheren die Einsicht, daß der Mensch, indem er durch seine Pflicht am Gesetze gebunden sei, nur seiner eigenen und dennoch allgemeinen Gesetzgebung unterworfen und daß er nur verbunden sei, seinem eigenen, dem Naturzweck nach aber allgemein gesetzgebenden Willen zu folgen (S. 57). So beruhen ihm auch Recht und Staat nicht, wie es mit Ausnahme Rousseaus die romanischen und britischen Philosophen gelehrt hatten, auf einer willkürlichen

1) Rechtslehre S. 232 f.

Vereinigung der Einzelnen, nicht auf einem Akte des **homo phaenomenon**, sondern auf der reinen rechtlich-gesetzgebenden Vernunft; diese wohnt allen Einzelnen als ihr Wesen inne (**homo noumenon**), schreibt ihnen aber zugleich, unabhängig von ihrem subjektiven Belieben, Gesetze vor, und Jeder muß diese Gesetze eben darum als heilig und unverbrüchlich anerkennen weil sie durch sein eigenes Wesen, das er sich zum Bewußtsein bringen kann und soll, geboten sind.

Der Gegensatz zwischen **noumena** und **phaenomena** ist hier allerdings anders bestimmt als in der Kritik der reinen Vernunft. Allein Diß entspricht dem allgemeinen Verhältnis zwischen dem theoretischen und dem praktischen Teile der kantischen Philosophie; mit den Grundlehren der letzteren steht die angeführte Stelle durchaus in Einklang: so auch mit den Begriffen der **virtus noumenon** und **phaenomenon** in der Schrift über die Religion in den Grenzen der reinen Vernunft, mit dem Ausspruch über die **respublica noumenon**, das ideale Gemeinwesen, und sein Verhältnis zu den bestehenden Staatsformen in der 1798 erschienenen Abhandlung über den Streit der Fakultäten.

Köstlin erkennt an, daß Kant, indem er die Notwendigkeit der Strafe lediglich auf den in jedem Einzelnen potentiell vorhandenen allgemeinen Willen gründe, sich ganz als Vorläufer von Hegel darstelle [1]). Freilich hält Kant der Form nach die

1) System S. 392 Anmerk. 5. — In der neuen Revision, auf welche Köstlin hier verweist, war zwar die „großartige Wendung", welche die Philosophie durch den Kriticismus Kants empfangen hatte, schon mit Entschiedenheit hervorgehoben, aber der oben erwähnte Ausspruch Kants noch nicht berücksichtigt und infolge hiervon behauptet, daß sein Strafrechtsprinzip mit den Grundprinzipien des Systems im Widerspruch stehe, daß der Geist seiner Rechtslehre, ihm selbst gleichsam unter der Hand entschlüpfend, bei Fichte, Feuerbach, Grolman u. A. erst zu seiner ureigenen Entfaltung gekommen sei, seine eigene Lehre aber zwischen dem an und für sich seienden Vernunftwillen, der dann die kategorischen Imperative schaffe, und dem vertragsmäßigen Kollektivwillen

Rechtfertigung aus dem Staatsvertrag fest; aber indem er diesen Begriff aus der älteren Naturrechtslehre in die seinige herübernahm, gab er ihm zugleich eine völlig andere Bedeutung. In dem Satze „wenn ich ein Strafgesetz gegen mich als einen „Verbrecher abfasse, so ist es in mir die reine, rechtlich gesetz„gebende Vernunft, . . . die mich . . . in einem Bürgerverein „dem Strafgesetze unterwirft“ ist das Strafgesetz als im Inhalte des Staatsbürgervertrages begriffen aufgefaßt, aber, wie dieser überhaupt, aus der allgemeinen Vernunft, nicht aus willkürlicher Festsetzung der Einzelnen abgeleitet. Das Unrecht, insbesondere das Verbrechen erscheint als das Unvernünftige, als Das, was nicht bestehen darf und gegen welches eben um des Rechtes willen und nach dem Begriff des Rechtes Zwang gestattet und geboten ist. Diß ist nichts anderes als der Gedanke, für welchen Hegel seiner Dialektik entsprechend die Formel „Nichtigkeit des Unrechtes“ aufgestellt hat.

Aber beide große Denker täuschten sich, wenn sie schon eine ausreichende positive Begründung der staatlichen Strafe gegeben zu haben glaubten. Beide faßten dieselbe als Vergeltung auf: Kant im Anschluß an die oben widerlegte indirekte Beweisführung aus der Unstatthaftigkeit einer Benutzung für Zwecke des Schuldigen oder der Gesellschaft, Hegel so, daß er die Negation des Nichtigen einseitig auf das begangene Delikt, näher auf die dem Schuldigen gebührende Verletzung seines Willens bezieht (Rechtsphilosophie §§ 97, 99).

Augenscheinlich ungenügend ist, was Kant an der oben erwähnten Stelle der Rechtslehre über Vergeltung ausführt:

(a) Art und Grad der Bestrafung, welche die öffentliche Gerechtigkeit sich zum Prinzip und Richtmaß mache, sei kein anderes, als das Prinzip der Gleichheit (im Stande des Züngleins an der Wage der Gerechtigkeit, sich nicht mehr auf die

der Individuen dualistisch in der Schwebe bleibe und eben deshalb zu zweideutigen Folgerungen habe weiter gesponnen werden können.

eine als auf die andere Seite hinzuneigen. Nur das Wiedervergeltungsrecht (ius talionis) könne die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle anderen seien hin und her schwankend und können, anderer sich einmischender Rücksichten wegen, keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten (S. 227).

(b) Was für unverschuldetes Übel Jemand einem Andern im Volke zufüge, das thue er sich selbst an: wer einen Andern beschimpfte, beschimpfe sich selbst; wer ihn schlage, schlage sich selbst; wer ihn töte, töte sich selbst; wer ihn bestehle, bestehle sich selbst. An dem letzteren Beispiele glaubt Kant Diß näher so erläutern zu können: wer stehle, mache aller Anderen Eigentum unsicher; er beraube sich also (nach dem Rechte der Wiederververgeltung) der Sicherheit alles möglichen Eigentums; er habe Nichts und könne auch Nichts erwerben, wolle aber doch leben, was nun nicht anders möglich sei als daß ihn Andere ernähren; weil Dieses aber der Staat nicht umsonst thun werde, müsse er diesem seine Kräfte zu ihm beliebigen Arbeiten (Karren- oder Zuchthausarbeit) überlassen und komme auf gewisse Zeit oder, nach Befinden, auch auf immer in den Sklavenstand (S. 227, 228 unt. — 229).

Wer aber gemordet habe, müsse sterben. Es gebe hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Es sei keine Gleichartigkeit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode, also auch keine Gleichheit des Verbrechens und der Wiedervergeltung, als durch den am Thäter gerichtlich vollzogenen, doch von aller Mishandlung, welche die Menschheit in der leidenden Person zum Scheusal machen könnte, befreiten Tod. — Selbst, wenn die bürgerliche Gesellschaft sich mit aller Glieder Einwilligung auflösete (z. B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, aus einander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit Jedermann Das widerfahre, was

seine Thaten wert seien, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen habe — weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden könne.

Doch bezweifelt Kant die Befugnis der Gesetzgebung zu der Androhung der Todesstrafe bei dem Kindsmord und der Tötung im Zweikampfe zwischen Personen des Soldatenstandes — bei dem letzteren wegen der Notlage, in welche der Thäter sich durch die öffentliche Meinung seiner Standesgenossen gedrängt sehe, bei dem ersteren deshalb, weil die Gesetzgebung die Schmach einer unehelichen Geburt nicht wegnehmen könne, das uneheliche Kind außer dem Gesetz, mithin auch außer dem Schutze desselben geboren sei, und es deshalb scheinen könne, daß das Gesetz diese seine Existenz, mithin auch seine Vernichtung ignoriren und die Schande der Mutter, wenn ihre uneheliche Niederkunft bekannt werde, keine Verordnung haben könne. Die Strafgerechtigkeit, meint Kant, komme bei diesen beiden Verbrechen, zu welchen das Ehrgefühl, das der Kriegs- und der Geschlechtsehre verleite, gar sehr ins Gedränge: entweder den Ehrbegriff, der hier kein Wahn sei, durch's Gesetz für nichtig zu erklären und so mit dem Tode zu bestrafen oder von dem Verbrechen die angemessene Todesstrafe wegzunehmen und so entweder grausam oder nachsichtig zu sein. Doch entscheidet Kant sich für das Erstere. „Die „Auflösung des Knotens," sagt er, „ist: daß der kategorische „Imperativ der Strafgerechtigkeit (die gesetzwidrige Tötung eines „Anderen müsse mit dem Tode bestraft werden) bleibt, die Gesetz-„gebung selber aber, mithin die bürgerliche Verfassung, so lange „noch als barbarisch und unausgebildet daran schuld ist, daß „die Triebfedern der Ehre im Volke (subjektiv) nicht mit den Maß-„regeln zusammentreffen wollen, die (objektiv) ihrer Absicht gemäß „sind, so daß die öffentliche, vom Staat ausgehende Gerechtigkeit „in Ansehung der aus dem Volk eine Ungerechtigkeit wird" (S. 233—235).

2*

(c) Die Gleichheit der Strafen, die allein durch das Erkenntnis des Richters auf den Tod, nach dem strengen Widervergeltungsrechte, möglich sei, soll sich nach Kants Auffassung auch darin offenbaren, daß dadurch allein proportionirlich mit der inneren Bösartigkeit der Verbrecher das Todesurteil über Alle, selbst wenn es nicht einen Mord, sondern ein anderes nur mit dem Tode zu tilgendes Staatsverbrechen beträfe, ausgesprochen werde. Er glaubt Diß unter veranschaulichender Bezugnahme auf das letzte, mißlungene Unternehmen einer stuartischen Restauration damit begründen zu können, daß Diejenigen, welche aus an sich edlen Beweggründen, z. B. aus dem der Treue gegen ein Fürstenhaus gehandelt haben, den Tod einer schimpflichen Freiheitsstrafe vorziehen werden, die Anderen aber, die bei einem solchen Staatsverbrechen Privatabsichten verfolgten, ein mit Schande bedecktes Leben doch immer noch für besser halten werden als gar nicht zu sein; denn zufolge dieser verschiedenen Empfindungsart sei der über Alle gleich verhängte Tod für die Ersteren, welche ohne Widerrede die weniger strafbaren seien, eine gelinde, für die Letzteren eine harte Strafe (S. 229 f.).

(d) Die Todesstrafe will Kant auf alle Teilnehmer an einem Mord — auf die Gehülfen ebenso wie auf die Thäter, Anstifter und Mitthäter — angewendet wissen; so wolle es, behauptet er, die Gerechtigkeit als Idee der richterlichen Gewalt nach allgemeinen a priori begründeten Gesetzen (S. 233).

Es ist leicht zu begreifen, daß dieser Ausführung die selbständig denkenden Juristen der kantischen Schule entschiedenen Widerspruch entgegensetzten, ja daß einer der hervorragendsten von ihnen, Grolman, die Wiedervergeltungstheorie Kants schon 1799 geradezu eine Verirrung des großen, aber darum keineswegs infallibeln Greises nannte [1]).

An dem ersten der obigen Sätze (a) ist nur soviel richtig,

1) Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung S. 218.

daß Art und Größe der Strafe sich verhältnismäßig nach der Größe der bethätigten Rechtswidrigkeit richten sollen: übrigens nicht bloß nach der Größe der äußeren Verletzung, sondern auch ganz wesentlich nach der Tiefe der subjektiven Verschuldung, und in beiden Beziehungen nicht nur nach der Größe der hervorgebrachten und beabsichtigten Verletzung, sondern auch nach der Gefährlichkeit der That und des Willens für die Rechtsgüter der Einzelnen, der Gesellschaft und des Staates. Allein hieraus folgt nicht, daß der Rechtsgrund der Strafe in der Wiedervergeltung liege und vollends nicht, daß die Strafe in demselben Leiden bestehen müsse, welches der Schuldige durch seine That hervorgebracht hat. Durchführbar wäre das Letztere nur bei der Tötung und Körperverletzung. Bei der Beleidigung haben die ehemals üblichen demütigenden Strafen — Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung — sich längst als unhaltbar erwiesen. Bei den Vermögensdelikten sieht Kant sich selbst zu der Freiheitsstrafe gedrängt, bei deren Begründung er irrtümlich annimmt, daß ihre Kosten mit dem Arbeitsverdienste der Gefangenen bestritten werden können. Bei den Delikten gegen den Staat, gegen die bürgerliche Gesellschaft, gegen die rechtliche Ordnung der geschlechtlichen und Familienverhältnisse kann jene äußerliche Vergeltung mit einem der Verletzung gleichen Leiden überhaupt nicht in Frage kommen.

Die Behauptung, daß wer einem Andern ein Uebel zufüge, dieses sich selbst anthue, erinnert schon an den Satz Hegels, die Strafe sei in dem daseienden Willen des Verbrechers, in seiner Handlung gesetzt [1]), läßt sich aber nicht, wie diese gleichfalls paradox klingende Wendung, auf einen richtigen Gedanken zurückführen. Kant will, wie die Ausführung an dem Beispiele des Diebstahls zeigt, sagen: wer ein rechtliches Gut verletze, mache hiermit das Dasein dieses Gutes bei Allen, daher auch bei sich

1) Rechtsphilosophie § 100.

selbst unsicher und könne deshalb kein Recht auf irgend ein Gut dieser Art haben oder erwerben. Aber jene allgemeine Unsicherheit würde nur dann eintreten, wenn der Schuldige die Absicht und die Macht hätte, die Willensrichtung, welche die Unverletzlichkeit jenes Gutes verneint, zum Grundsatz und zwar zum allgemein herrschenden Grundsatze zu erheben: und in Wirklichkeit ist nicht nur Diß unmöglich, sondern schon das Handeln aus verbrecherischem Grundsatze, wie es allerdings namentlich bei gewohnheits- und gewerbsmäßigen Verbrechern vorkommt, vergleichungsweise selten.

Der Annahme, daß nur die nach strengem Wiedervergeltungsrecht eintretende Todesstrafe es ermögliche, das Urteil proportionirlich mit der inneren Bösartigkeit der Verbrecher, d. h. mit dem sittlichen Wert und Unwert ihrer Beweggründe zu bestimmen, widerspricht die unläugbare Thatsache, daß gerade diese Strafe, wie alle absolut bestimmten, die Berücksichtigung der besonderen individuellen Verhältnisse und daher auch der Beweggründe, welche den Einzelnen bestimmten, vielmehr ausschließt. Wenn in dem von Kant angeführten und ähnlichen Fällen das Gegenteil zutrifft, so beruht Diß auf ihrer zufälligen Besonderheit, auf dem eigentümlichen Charakter einer legitimistischen Schilderhebung, welcher ebenso wohl treue und ritterliche Gesinnung, wie die niedrigsten selbstsüchtigen Zwecke zu Grunde liegen können. Uebrigens darf ja der Gesetzgeber vom rein rechtlichen Standpunkt aus den Beweggründen zu Verbrechen nur einen untergeordneten Einfluß auf die Bestimmung der Strafe einräumen.

Die Gleichstellung aller Teilnehmer in der Strafwürdigkeit (oben d) widerspräche geradezu dem Grundsatze der Wiedervergeltung, da dieser darauf führen muß, jeden Mitschuldigen verhältnismäßig je nach der größeren oder geringeren Bedeutung der von ihm gewollten und bethätigten Wirksamkeit für das Zustandekommen des Deliktes zu bestrafen.

Eine wirkliche Begründung der Wiedervergeltungstheorie ist nach dem Obigen in Kants Rechtslehre nicht gegeben. Dagegen finden sich wenigstens Anknüpfungspunkte für diesen Gedanken in seinen allgemeinen Werken über praktische Philosophie.

In der transscendentalen Methodenlehre, welche in der Kritik der reinen Vernunft den zweiten Hauptabschnitt bildet, führt er aus: Ebenso wohl als die moralischen Prinzipien nach der Vernunft in ihrem praktischen Gebrauche notwendig seien, ebenso notwendig sei es auch nach der Vernunft in ihrem theoretischen Gebrauch anzunehmen, daß Jedermann die Glückseligkeit in demselben Maß zu hoffen Ursache habe als er sich derselben in seinem Verhalten würdig gemacht habe, und das System der Sittlichkeit sei also mit dem der Glückseligkeit unzertrennlich, aber nur in der Idee der reinen Vernunft verbunden. Ein solches System der mit der Moralität verbundenen Glückseligkeit lasse sich in einer intelligibeln, d. h. der moralischen Welt als notwendig denken [1]). In gleichem Sinne bezeichnet Kant in der Kritik der praktischen Vernunft die Tugend als Würdigkeit glücklich zu sein [2]).

In dem Zusammenhang, in welchem Kant diese Sätze aufstellt, haben sie keine Beziehung auf das Recht und die staatliche Strafe. Sie bilden an der ersteren Stelle die Grundlage des Beweises für die persönliche Unsterblichkeit, an der letzteren die des Beweises für das Dasein Gottes. Diese beiden Postulate der praktischen Vernunft beruhen in Kants Gedankengang darauf, daß die Uebereinstimmung der Moralität und der Glückseligkeit als notwendig gedacht werden müsse, aber in der Sinnenwelt nicht oder, soweit sie besteht, nur zufällig statt finde. Diese

1) Kritik der reinen Vernunft, 4. Auflage, 1794, S. 837—839. Vergl. Ueberweg, Grundriß III. S. 266.

2) S. 198 f., 204; Ausgabe von Hartenstein IV. S. 229, 233. Vergl. Ueberweg a. a. O., Windelband, Geschichte der Philosophie S. 437.

Betrachtung mochte die Forderung nahe legen, daß der Einfluß, welchen der Staat auf die Schicksale der Menschen auszuüben vermag, im Sinne jener Uebereinstimmung durch Belohnung des Verdienstes und Bestrafung des Unrechts angewendet werde.

Unmittelbar an die oben S. 10 angeführte Stelle der Rechtslehre erinnert die Art und Weise, wie Kant in der „Analytik der reinen praktischen Vernunft“ sich über das Verhältnis der Strafe zum Bösen und insbesondere zum Verbrechen ausspricht. „In der Idee unserer praktischen Vernunft“, sagt er hier, „ist „Etwas, welches die Uebertretung eines sittlichen Gesetzes be-„gleitet, nämlich ihre Strafwürdigkeit. Strafe muß als Strafe, „d. i. als bloßes Uebel für sich gerechtfertigt sein, so daß der „Gestrafte, wenn es dabei bleibe und er auch auf keine sich „hinter dieser Härte verbergende Gunst hinaussähe, selbst ge-„stehen muß, es sei ihm Recht geschehen und sein Los sei seinem „Verhalten vollkommen angemessen. In jeder Strafe als solcher „muß zuerst Gerechtigkeit sein, und diese macht das Wesentliche „dieses Begriffs aus. Mit ihr kann zwar auch Gütigkeit ver-„bunden werden, aber auf diese hat der Strafwürdige nach seiner „Aufführung nicht die mindeste Ursache sich Rechnung zu machen. „Also ist Strafe ein physisches Uebel, welches, wenn es auch „nicht als natürliche Folge mit dem moralisch Bösen verbunden „wäre, doch als Folge nach Prinzipien einer sittlichen Gesetz-„gebung verbunden werden müßte. Wenn nun alles Verbrechen, „auch ohne auf die physischen Folgen in Ansehung des Thäters „zu sehen, für sich strafbar ist, d. i. Glückseligkeit (wenigstens „zum Teil) verwirkt, so wäre es offenbar ungereimt zu sagen: „das Verbrechen habe eben darin bestanden, daß er sich eine „Strafe zugezogen hat, indem er seiner eigenen Glückseligkeit „Abbruch that.... Vollends aber alles Strafen und Belohnen „nur als das Maschinenwerk in der Hand einer höheren Macht „anzusehen, welches vernünftige Wesen dadurch zu ihrer End-„absicht (der Glückseligkeit) in Thätigkeit zu setzen allein dienen

„sollte, ist gar zu sichtbar ein alle Freiheit aufhebender Mecha-„nismus ihres Willens als daß es nötig wäre, uns hiebei auf-„zuhalten“ [1]).

Die Bedeutung des letzten Satzes liegt nach dem Zusammenhang in dem Widerspruch gegen die eudämonistische Begründung des Sittengesetzes.

Daß Kant die Wirkung der Strafdrohung und ihr Verhältnis zur Willkür des Einzelnen wohl zu würdigen wußte, zeigt eine um wenige Blätter voranstehende Ausführung:

„Setzet daß Jemand von seiner wollüstigen Neigung vor-„giebt, sie sei, wenn ihm der beliebte Gegenstand und die Ge-„legenheit dazu vorkämen, für ihn ganz unwiderstehlich, ob, wenn „ein Galgen vor dem Hause, da er diese Gelegenheit trifft, auf-„gerichtet wäre, um ihn sogleich nach genossener Wollust daran „zu knüpfen, er alsdann nicht seine Neigung bezwingen würde. „Man darf nicht lange raten, was er antworten würde“ [2]).

An einer bekannten Stelle der Rechtslehre, bei der Erörterung des Notstandes, betrachtet Kant die abschreckende Wirkung des Strafgesetzes — augenscheinlich im Widerspruch mit der oben dargelegten Auffassung der Strafe — sogar als wesentliche Bedeutung derselben und als Bedingung der Strafbarkeit. „Es kann“, sagt er, „kein Strafgesetz geben, welches Dem-„jenigen den Tod zuerkennete, der im Schiffbruche mit einem „Andern in gleicher Lebensgefahr schwebend, diesen von dem „Brette, worauf er sich gerettet hat, wegstieße, um sich selbst zu „retten. Denn die durch's Gesetz angedrohte Strafe könnte doch „nicht größer sein als die des Verlusts des Lebens des Ersteren. „Nun kann ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar „nicht haben; denn die Bedrohung mit einem Uebel, was noch „ungewiß ist (dem Tode durch den richterlichen Ausspruch), kann

1) Kritik der praktischen Vernunft S. 65—67; Ausg. von Hartenstein IV. S. 139 f.

2) S. 54; Ausg. von Hartenstein IV. S. 130.

„die Furcht vor dem Uebel, was gewiß ist (nämlich dem Er-
„saufen) nicht überwiegen. Also ist die That der gewaltthätigen
„Selbsterhaltung nicht etwa als unsträflich (inculpabile), sondern
„nur als unstrafbar (inpunibile) zu behandeln...." (S. XLI f.)

IV.

J. G. Fichte betrachtet, wie Kant, den Staatsbürger-
vertrag, von dem auch er bei der Begründung der Strafe aus-
geht, als die keineswegs willkürliche, sondern notwendige Form
für die Begründung des Staates, welchen schon er durch die
Vergleichung mit einem Naturorganismus am Schicklichsten er-
klären zu können glaubt. Der Zweck und die Grundbedeutung
des Staates liegt ihm, wie den juristischen Zeitgenossen Feuer-
bach und Grolman, in der Sicherung, dem Schutze der Rechte.
Den Rechtsgrund der Strafe bildet nach seiner Auffassung das
Verhältnis des verbrecherischen Willens zu dem Wesen der Rechts-
ordnung. An die Spitze seiner Untersuchung stellt er die Thesis:
„Wer den Staatsbürgervertrag in irgend einem Stücke verletzt,
„wird dadurch der Strenge nach rechtlos; denn Jeder hat Rechte
„nur unter der Bedingung, daß er in eine Gesellschaft vernünf-
„tiger Wesen paßt, und diese Bedingung der Rechtsfähigkeit ist
„bei dem Verbrecher nicht vorhanden." Dieser Thesis setzt Fichte
die Antithesis entgegen: „Da dem Staat an Erhaltung seiner
„Bürger gelegen ist, so ist es zweckmäßig, in allen Fällen, in
„welchen der Zweck der Rechtssicherheit durch andere Mittel
„(Strafen), als die Ausschließung erreicht werden kann, die er-
„steren an die Stelle der letzteren zu setzen". Diß geschieht
durch Vertrag Aller mit Allen (Abbüßungsvertrag), durch welchen
dem rechtswidrigen Willen ein hinlängliches Gegengewicht ge-
geben werden muß. In dieser Aufstellung eines Gegengewichtes
liegt zugleich die abschreckende Wirkung der Strafe. Ein solches
Gegengewicht kann aber nicht gegen alle Verbrechen gegeben
werden, und für diejenigen, bei welchen dasselbe nicht möglich

ist, muß daher für die Gegenwart Ausschließung des Verbrechers aus der Gesellschaft erfolgen. Allein diese Ausschließung braucht nicht eine bleibende zu sein. Da es vielmehr möglich ist, daß der Verbrecher in seiner rechtswidrigen Gesinnung nicht verharrt, sondern sich bessert, soll ihm Gelegenheit gegeben werden sich hierdurch des Lebens in der Gesellschaft wieder fähig zu machen. Diß bildet den Inhalt eines zweiten, über die Abbüßung zu errichtenden Vertrages Aller mit Allen: des Besserungsvertrages [1]).

So hat Fichte in einheitlicher Entwicklung aus einem Grundgedanken die verschiedenen wichtigeren Zwecke der Strafe und ihre gleichmäßige Erfüllung abgeleitet. Jener Grundgedanke kann nicht, wie es versucht worden ist, damit widerlegt werden daß mit einem Rechtlosen kein Vertrag, also auch nicht der Abbüßungsvertrag gültig geschlossen werden könne [2]). Denn Fichte will, wie der Zusammenhang seiner Darstellung zeigt, nicht sagen daß der Schuldige durch das Verbrechen die Rechtsfähigkeit wirklich verliere, sondern nur daß der Staat befugt wäre, sie ihm abzuerkennen, daß aber eben diese äußerste Folge durch die Maßregeln der Abbüßung und Besserung ersetzt werden könne und in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle wirklich ersetzt werde. Jene erstere Annahme ist freilich ebenso wenig begründet wie die oben S. 18 erörterte engere Behauptung Kants, daß die Verletzung eines rechtlichen Gutes den Verbrecher zum Erwerb und Haben desselben Gutes unfähig mache. Aber der wahre Kern in Fichtes Ausführung ist, daß der Verbrecher allerdings durch seine Schuld die Güter verwirkt, welche ihm zu den Zwecken der Abbüßung, der Besserung und dem mit der Abbüßung gleichzeitig erfüllten der Abschreckung durch die Strafe entzogen werden müssen. Diesen Erfolg betrachtet Fichte, wie Kant den der Vergeltung, als die durch die allgemein mensch-

1) Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, II. Teil S. 95 ff.

2) Wächter, Beilagen S. 25.

liche Vernunft gesetzte notwendige Konsequenz des Verbrechens. Daß er hierfür den Begriff eines Vertrages Aller mit Allen anwendet, ist, wie bei Kant, nur die aus dem älteren Naturrecht entnommene Form der Darstellung (vergl. oben S. 14 ff.).

Feuerbach gründet seine Theorie des psychologischen Zwanges wesentlich darauf daß es sich nicht um den Gattungsbegriff der Strafe, namentlich aber nicht um moralische, sondern um bürgerliche Strafe handle, d. h. diejenige, welche von der bürgerlichen Gesellschaft (der höchsten Gewalt) den Bürgern zugefügt werde (Revision S. 1—24). Während er die moralische Strafe ganz in Uebereinstimmung mit Kant auf die Glücksunwürdigkeit gründet (das. S. 8, 24—33, 55), fordert er für die bürgerliche Strafe Ableitung aus der Natur und den Rechten des Staates. Der Staat, sagt er, ist eine Gesellschaft zum Schutz der Rechte, und alle Rechte, die er besitzt, hat er nur um dieses Zweckes willen (a. a. O. S. 31); ..... der Zweck des Staates ist die wechselseitige Freiheit aller Bürger oder mit anderen Worten der Zustand, in welchem Jeder seine Rechte völlig ausüben kann und vor Beleidigungen sicher ist. Jede Beleidigung widerspricht daher der Natur und dem Zweck des bürgerlichen Vereins, und um dieses Zweckes willen ist es notwendig daß überhaupt keine Beleidigungen im Staate geschehen (S. 39). Als Mittel zur Verhütung solcher muß der Staat, da Verteidigung oder Prävention und physische Abhaltung nicht hinreichen, Einwirkung auf das Begehrungsvermögen anwenden; er muß es den Bürgern psychologisch unmöglich machen zu schaden, sie dazu bestimmen daß sie keine Rechtsverletzung begehen, sich zu keiner entschließen. Vor Allem muß daher durch Anstalten, welche der Erziehung der Bürger dienen — Aufklärung, Religion, Verbreitung der Mittel um glücklich zu leben — darnach gestrebt werden daß die Bürger gar keine rechtswidrigen Neigungen oder, positiv ausgedrückt, daß sie bürgerliche Gesinnungen haben (S. 40—42). Diejenigen, bei welchen Diß nicht

gelingt, müssen psychologisch verhindert werden sich nach den rechtswidrigen Neigungen wirklich zu bestimmen. Ein Subjekt kann nun auf zweifache Weise zu einer Handlung wider sein sinnliches Begehren bestimmt werden. Das eine Medium, durch welches ein Begehren auch gegen die Neigung zu Stande kommen kann, ist die Freiheit, das unbedingte Vermögen in dem Menschen, sich wider alle Antriebe der Sinnlichkeit aus eigener Kraft gegen diese Neigung für die Pflicht zu bestimmen. Dieses Vermögen kann aber von dem Staat zu seinem Zweck nicht benutzt werden. Denn es liegt schon in seinem Begriffe daß es aller Einwirkung von Naturursachen, mithin auch allem äußeren Zwang entzogen ist. Niemand kann auf des Andern Freiheit wirken, Niemand einen Andern bestimmen daß er sich seiner Freiheit bediene.... Niemand ist frei, als durch sich selbst; Niemand kann frei werden als durch eigene Kraft. Daher bleibt dem Staat nur das zweite Mittel: nämlich das, durch die Sinnlichkeit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, die Neigung durch entgegengesetzte Neigung, die sinnliche Triebfeder zur That durch eine andere sinnliche Triebfeder aufzuheben (S. 43 ff.). Auf diese Weise werden, wie Feuerbach in näherer Entwicklung ausführt, die Uebertretungen verhindert, wenn jeder Bürger gewiß weiß daß auf die Uebertretungen ein größeres Uebel folgen werde als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung (als einem Objekt der Lust) entspringt (S. 45 f.). Die allgemeine Ueberzeugung hiervon bewirkt der Staat dadurch daß die Verknüpfung des Uebels mit dem Verbrechen durch ein Gesetz angedroht und daß diese Drohung gegenüber jedem vorkommenden Verbrechen vollzogen wird. Die gesetzliche Drohung bestimmt die absolute rechtliche Notwendigkeit der Strafe, und die Vollziehung ist das Handeln nach dieser rechtlichen Notwendigkeit, also selbst notwendig (S. 46—52). Der hieran gereihte Versuch freilich, die Vereinbarkeit der Strafe mit den Rechten des Menschen als Person durch die Behauptung seiner Einwilli-

gung in die Strafe zu begründen (S. 53 f.) ist Feuerbach nicht gelungen, erscheint aber auf dem ganzen Standpunkte der philosophischen Lehre, von welcher er ausgeht, als entbehrliche Zuthat, nicht, wie Köstlin glaubte [1]), als charakteristische und notwendige Folge des Vertragsprinzips. Der Staat und seine wesentlichen Zwecke beruhen nach Kants Auffassung, an welche Feuerbach sich anschließt, auf der allgemein menschlichen Vernunft, an welcher jeder Einzelne Teil hat; daher bedürfen die Maßregeln, welche zu der Erreichung jener Zwecke notwendig sind, nicht eine besondere Zustimmung der Einzelnen, welche von ihnen betroffen werden. Zu jenen Maßregeln gehört die Herstellung der Gewißheit daß den Verbrechen Strafen folgen: die Ankündigung dieser Gewißheit, die Strafdrohung, ist von ihrer Verwirklichung zwar zeitlich getrennt, aber dem Begriff und der rechtlichen Bedeutung nach sind beide notwendig verbunden, so daß jene zeitliche Trennung als außerwesentlich gedacht werden muß.

Indem Feuerbach in der obigen Begründung Freiheit und Sinnlichkeit in kontradiktorischem Gegensatz einander gegenüberstellt und mittels der Strafdrohung durch die Sinnlichkeit auf die Sinnlichkeit wirken will, versteht er den letzteren Begriff nicht in dem gewöhnlichen, sondern nach dem Vorgange Kants in einem weiteren Sinne, in welchem er alle auf individuelle Befriedigung abzielenden Neigungen des empirischen Ichs umfaßt [2]).

Mit Unrecht hat Hegel gegen Feuerbach den Vorwurf erhoben, daß er den Menschen als nicht Freien voraussetze, daß er die Strafe so begründe als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebe und daß er den Menschen nicht nach seiner Ehre

---

1) Neue Revision S. 810 unten, System S. 408 oben. Feuerbach selbst mußte diesen Gedanken fallen lassen (über die Strafe als Sicherungsmittel, 1800, S. 97 ff.).

2) Ganz richtig bemerkt Sigwart, Vorfragen der Ethik S. 9, daß bei Kant im Grunde die ganze Individualität mit dem empirischen Ich zur Sinnlichkeit gerechnet wird.

und Freiheit, sondern wie einen Hund behandle, während doch das Recht und die Gerechtigkeit ihren Sitz in der Freiheit und im Willen haben und nicht in der Unfreiheit, an welche die Drohung sich wende [1]. In Wirklichkeit geht aus der obigen Darlegung hervor, daß Feuerbach selbst von der Freiheit ausgeht, d. h. gemäß dem Sinne, welchen er diesem Begriffe mit Kant beilegt, von dem Vermögen, sich wider alle Antriebe der Sinnlichkeit aus eigener Kraft gegen die Neigung (das sinnliche Begehren) für die Pflicht zu bestimmen. Die Strafdrohung ist ihm das Mittel zur Verhütung solcher Handlungen, welche einen Abfall von der Freiheit enthalten, und sie stellt sich nicht in der rohen Erscheinung eines Schreckbildes dar, wie der erhobene Stock, sondern in der auf das Bewußtsein und den Willen Vernünftiger wirkenden Form des Gesetzes. Der Angriff Hegels ist um so weniger berechtigt, als es vielmehr in der Konsequenz der hegelischen Theorie selbst liegt daß die Beziehung der Strafdrohung auf das Verbrechen das eine wesentliche Stück in der rechtlichen Bedeutung der Strafe bildet. Die Negation bedeutet nach Hegels dialektischer Methode jedenfalls zunächst ein logisches Verhältnis: das Verhältnis zwischen Begriffen, nicht zwischen Erscheinungen oder äußeren Vorgängen. Bezeichnet man nun in diesem Sinne das Verbrechen als Negation des Rechtes, die Strafe als Negation dieser Negation, so kommen hierbei beide als Begriffe in Betracht, welche auf die Welt der Erscheinungen oder das objektive Dasein bezogen zunächst nur Möglichkeiten sind. Sollte es nun nicht gestattet, ja geboten sein, den Begriff der Strafe ebensowohl in seinem Gegensatze gegen das künftig mögliche wie gegen das bereits begangene Delikt zu denken? Indem der Begriff der Strafe gemäß der auch von Hegel anerkannten Positivität des Rechtes sich zunächst im Strafgesetze darstellt, wird hiermit für Alle die höchste in menschlichen Verhältnissen erreichbare Gewißheit gegeben, daß

1) Rechtsphilosophie § 99 Zusatz.

dem Verbrechen die Strafe folgt, und hiermit ist ohne irgend welche besondere Berechnung oder Veranstaltung ihre Gegenwirkung gegen die Gefahr künftiger Verbrechen, also eine Negation derselben als möglicher von selbst gegeben. Diese Beziehung der Strafe auf die Zukunft, ihre abschreckende und warnende Wirkung ist in dem Wesen der Strafe selbst gesetzt und also keineswegs etwas nur äußerlich zu ihr Hinzutretendes oder gar ein dem Rechte widerstreitendes Ergebnis der Rücksicht auf den bloßen Nutzen.

Auch Grolman geht bei seiner Begründung der rechtlichen Strafe davon aus, daß diese, wie jeder rechtliche Zwang, nur den Schutz der Rechte zum Zweck haben könne [1]). In unmittelbarer Anknüpfung an Kants Grundansicht über das Wesen des Rechtsgesetzes und an seine Begründung des rechtlichen Zwanges [2]) führt er aus: Zwang ist, insofern er nur die Willkür Anderer auf die Bedingungen einschränkt, daß die Freiheit der Uebrigen sicher neben derselben bestehen kann, dem Rechtsgesetze vollkommen gemäß; der Rechtsgrund eines Zwanges gegen einen Menschen kann nur darin bestehen, daß dieser ein Hindernis der allgemeinen gesetzlichen Freiheit geworden sei [3]). Ein Hindernis derselben ist Jeder, von dem es gewiß ist, daß ihm das Rechtsgesetz nicht unverbrüchliches Gesetz für sein Handeln sei; daher darf einem Solchen die Möglichkeit uns zu schaden dadurch entrissen werden, daß er durch Zwang aller äußeren Freiheit beraubt, folglich entweder als Sinnenwesen vernichtet oder doch in dem Gebrauche seiner physischen Kräfte von der Willkür Anderer gänzlich abhängig gemacht wird. Diß darf aber nur unter der Voraussetzung geschehen, daß er nicht durch ein gelinderes Mittel dazu bewogen werden kann, zu den entgegengesetzten Gesinnungen überzugehen. Ein solches Mittel ist die Abschreckung durch Strafe. Das Rechtsurteil über die Not-

1) Ueber die Begründung des Strafrechts, 1799, S. 48.
2) Rechtslehre S. XXXIII ff.
3) a. a. O. S. 3—9.

wendigkeit der Strafe und über den Grad der notwendigen Strafe muß im Staate positives Gesetz werden. Hierdurch erhält die Strafe, welche als zugefügtes Uebel nur das von ihr getroffene Individuum abschrecken konnte, zugleich die Bedeutung eines psychologischen Zwanges gegen Alle, die unter dem Gesetze stehen. In der ersteren Beziehung kann sie, wenn sie den Zweck erreicht, den Strafbaren von künftigen illegalen Handlungen abzuhalten, auch als Besserung, nämlich politische, bezeichnet werden [1]).

Gegen die Ableitung der Strafe aus einem Vernunftgebote der Vergeltung wenden Fichte, Grolman und Feuerbach übereinstimmend ein, daß diese Auffassung nicht dem Rechte, sondern der Moral und Religion angehöre und den Beruf des Staates zur Bestrafung nicht begründen könne. „Es ist völlig wahr," sagt Fichte, „daß wir genötigt sind, zu urteilen, in einer moralischen Weltordnung, unter einem allwissenden Richter nach moralischen Gesetzen geschehe Dem, der nach dem Gesetze behandelt wird, das er selbst aufstellte, gar nicht Unrecht; und dieses dem Menschen sich aufdringende Urteil gründet sich auf einen kategorischen Imperativ , . . Es war die ganze andere Frage zu beantworten, woher denn irgend einem Sterblichen das Recht dieser moralischen Weltregierung, das Recht, dem Verbrecher sein Recht anzuthun, kommen solle" [2]). Grolman betrachtet es als eine aus dem religiösen Glauben fließende Erwartung, daß der Lasterhafte in jenem Leben, einer moralischen Weltordnung gemäß empfangen werde, was seine Thaten wert seien [3]), behauptet übrigens an einer anderen Stelle, daß das von Kant irrtümlich als kategorischer Imperativ aufgefaßte Verlangen der Vergeltung nur eine Thatsache des Gefühls, des Unwillens über die unmoralische That eines unter Pflichten

1) a. a. O. S. 24—38, 48—54, 86—117.
2) Grundlage des Naturrechts S. 128 f.
3) Begründung des Strafrechts S. 43.

stehenden Wesens sei und nicht als Prinzip für die Strafgesetzgebung aufgestellt werden dürfe, da diese den in dem Verbrechen bethätigten verkehrten Zweckbegriff nur durch ein auf Bewußtsein und Reflexion gegründetes Handeln berichtigen könne [1]). Feuerbach bestreitet geradezu, daß Kant die bürgerliche Strafe als moralische Vergeltung betrachte; er bezeichnet diese Meinung als eine untergeschobene, mit welcher Kant sich selbst und allen seinen Begriffen von Moralität, Freiheit u. s. w. widerspräche. Möchten doch, fügt er bei, alle Interpreten dieses großen Mannes die Maxime beobachten, welche Lessing in seiner Dramaturgie in Bezug auf Aristoteles anempfiehlt [2]).

V.

Ungeachtet der Gegensätze, welche sich aus der Verschiedenheit den Ansichten über den Grund der Strafe ergaben, war in der deutschen Rechtslehre schon in der Zeit, in welcher die aus der kantischen Philosophie hervorgegangenen relativen Theorien vorherrschten, überwiegend anerkannt, daß das Maß der Strafe nach der Größe der in dem Verbrechen bethätigten Schuld bestimmt werden müsse (vergl. oben S. 21). Mit Entschiedenheit wurde diese Auffassung von Grolman vertreten. Zwar bildete ihm gemäß seiner Präventionstheorie die Gefährlichkeit des Verbrechers den Maßstab für die Strafwürdigkeit. Allein diese Gefährlichkeit wollte er einerseits nach der Unersetzlichkeit und Wichtigkeit der durch die That verletzten Rechte und dem Verhältnis des Willens zu der Verletzung, andererseits nach der Hart-

1) a. a. O. S. 216 ff.

2) Revision S. 35 Anmerk. *). Die Stelle, auf welche Feuerbach hier anspielt, ist wohl das 38. Stück der hamburgischen Dramaturgie vom 8. September 1767. Rätselhaft klingt Feuerbachs Beisatz „aber „freilich — Kant scheint sich schon selbst überlebt zu haben". Nach dem Zusammenhang und bei der unbeschränkten Verehrung, mit welcher Feuerbach überall von Kant spricht, können diese Worte hier kaum eine andere als eine ironische Bedeutung haben.

näckigkeit der von dem Verbrecher bethätigten Verwilderung, also durchaus nach solchen Gesichtspunkten bestimmt wissen, welche die Größe der Rechtswidrigkeit bedingen [1]). Aus dem ersteren Gesichtspunkte soll der nicht beendigte Versuch geringer als das vollendete Verbrechen, die Fahrlässigkeit geringer als der Vorsatz bestraft werden, sollen Unmündigkeit und Zustände, welche das völlig deutliche Bewußtsein der Verbindlichkeit verhindern, wie Mangel an Erziehung, sodann Affekt und hohe Trunkenheit, Strafmilderung bewirken [2]); aus dem zweiten Gesichtspunkte soll eine besonders hohe Gefährlichkeit durch Gewohnheit begründet werden, und diß soll auch von Demjenigen gelten, welcher sich zu berauschen oder von Affekten bestimmt zu werden pflegt oder bei welchem eingewurzelte Fehler der Erziehung die Gewohnheit eines illegalen Betragens erzeugen [3]). Auch Feuerbach gelangt, obwohl er gemäß seiner Strafrechtstheorie die Gefahr an die Spitze stellt, in den meisten Beziehungen zu denselben Ergebnissen, welche durch die Rücksicht auf die Größe der Rechtswidrigkeit begründet werden. Diß beruht darauf, daß er die Größe der Gefahr nicht einseitig nach ihrer Wahrscheinlichkeit, sondern wesentlich mit nach ihrem Umfang, nach der Wichtigkeit und Zahl der bedrohten Rechte u. s. w. bestimmt [4]).

Die Anerkennung des mit der Größe der Rechtswidrigkeit zusammenstimmenden Maßstabes für die Größe der Strafwürdigkeit entspricht in Wirklichkeit dem letzten Zwecke, welchen die Präventions- und die Androhungstheorie verfolgten, zugleich aber den Anforderungen, welche von dem allgemeinen Standpunkte der kantischen Philosophie an die Ausübung der Strafgewalt gestellt werden mußten.

---

1) Begründung des Strafrechts S. 128—131, 144 ff.

2) a. a. O. S. 132 ff.

3) a. a. O. S. 146 ff.

4) Lehrbuch des peinlichen Rechts §§ 103 ff., Revision Teil II. S. 199 ff.

Die Sicherheit der Rechtsordnung beruht vor Allem auf der rechtlichen und sittlichen Gesinnung der Menschen. Daher dürfen auch die dem Schutze des Rechtes dienenden Maßregeln nur in dem Maß angewendet werden wie es dem sittlichen und insbesondere dem Rechts-Bewußtsein entspricht. Dieses Bewußtsein aber fordert unzweifelhaft daß die Größe der Strafe nur im Verhältnis zu der Schuld und zu der Bedeutung der strafwürdigen Handlung für den Gemeinzustand bestimmt werde und würde durch jede Strafe verletzt, welche dieses Verhältnis aus einseitigen Rücksichten, sei es auch der Prävention oder Abschreckung, überschritte.

Der Staat hat allerdings weder den Beruf noch die Fähigkeit, das von Kant aufgestellte Ideal der praktischen Vernunft, die Uebereinstimmung der Glückseligkeit mit der Sittlichkeit zu verwirklichen. Hierzu wäre abgesehen von der allgemeinen Unmöglichkeit eines Urteils über die Gesinnung die Bestrafung der einzelnen Verbrechen schon deshalb nicht das geeignete Mittel, weil sie nur die der Vergangenheit angehörende Schuld, nicht die sittliche Weiterentwicklung des Thäters und die aus ihr hervorgegangene Gesinnung berücksichtigen kann. Aber der Staat hat das Recht und die Pflicht, innerhalb seines Wirkungskreises so zu handeln, daß die Erreichung jenes Ideales gefördert wird und um so gewisser Alles zu unterlassen was diesem Zweck widerspräche. Er kann und soll bei der Bestrafung das Schicksal der Einzelnen so bestimmen daß es zwar nicht von dem moralischen Wert oder Unwert der Gesinnung, aber von dem Verhältnis des Willens und der That zu der rechtlichen Pflicht abhängig gemacht wird [1]).

Die Anerkennung dieses gleichen und darum gerechten Verhältnisses zwischen Schuld und Strafe gab der deutschen Strafrechtswissenschaft die Grundlage für die Aufführung ihres folgerichtigen, in sich übereinstimmenden Lehrgebäudes. Dieses Ge-

1) Vergl. Sigwart, Vorfragen der Ethik S. 35.

bäude erhielt, ungeachtet vieler Meinungsverschiedenheiten in einzelnen Punkten, seine im Großen und Ganzen unerschütterliche Festigkeit dadurch daß die Strafrechtstheorien, welche in der Folgezeit den bestimmenden Einfluß gewannen, durch ihren unmittelbaren Inhalt jener Grundlage zur Bekräftigung dienten. So schon die namentlich durch Wächter in weite Kreise getragene Lehre Welckers daß die Strafe Aufhebung des durch das Verbrechen gestifteten intellektuellen oder idealen Schadens sei [1]), ganz besonders aber die Theorie Hegels, welcher als Maß der Strafe Gleichheit der Verletzung nach dem Werte derselben forderte, hierbei jedoch anerkannte daß die Anwendung dieses Grundsatzes der rein positiven Entscheidung anheimfalle und daß in der bürgerlichen Gesellschaft der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit für sie eintrete, wodurch einerseits die Größe des Verbrechens verstärkt werde, andererseits aber die ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft die äußere Wichtigkeit der Verletzung herabsetze und daher eine größere Milde in der Ahndung desselben herbeiführe [2]). Auch die Vereinigungstheorien, welche die allgemeine Formel Hegels statt seiner einseitigen Deutung auf Vergeltung mit dem berechtigten Gehalte der relativen Theorien erfüllen [3]), müssen zu dem Ergebnis gelangen daß das einzige feste Richtmaß innerhalb der mannigfaltigen Zwecke das gerechte Verhältnis zwischen Schuld und Strafe „im Stande des Züng-

1) Ausgeführt in dem geistvollen Werke „die letzten Gründe von „Recht, Staat und Strafe", 1813. Vergl. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts Band I. 1825, § 28, Beilagen zu Vorlesungen über Strafrecht, 1877, S. 43—46 und in Schletters Jahrbüchern Band I. S. 107, meine Abhandlungen aus dem Strafrechte Band I. S. XVI., 65 f.

2) Rechtsphilosophie §§ 101, 214, 218. Vergl. § 99 Zusatz.

3) Joh. Ulrich Wirth, Ethik Band II. S. 319 ff., Köstlin, neue Revision §§ 197-207, System §§ 116—120 und besonders Berner im Archiv des Kriminalrechts 1845 S. 144 ff., Lehrbuch des deutschen Strafrechtes §§ 6—9. Vergl. auch meine angef. Abhandlungen Band I. S. 5 ff., Band II. S. 101 ff.

leins an der Wage der Gerechtigkeit" zu geben vermag. Dieses Ergebnis wird auch dadurch nicht geändert daß innerhalb des weiten, durch den Grundgedanken offen gelassenen Spielraumes bei den einen Delikten der eine, bei den anderen ein anderer Zweck vorwiegende Berücksichtigung finden wird — wie bei der Beleidigung, einfachen Körperverletzung, bei minder bedeutenden Eingriffen in die persönliche Freiheit die Genugthuung für den Verletzten, bei Tötung und gemeingefährlichen Verbrechen die Wirkung auf das beleidigte Rechtsgefühl des Volkes, zugleich aber die Sicherung und Abschreckung, bei Diebstahl und anderen Vermögensdelikten die beiden letzteren Zwecke [1]).

1) Vergl. v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Auflage, 1891, S. 18 f. Auf den im Text angedeuteten Gesichtspunkt hatte der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung in einer nicht gedruckten Tübinger Rektoratsrede vom 6. März 1875 aufmerksam gemacht.

Berichtigung.

Zu Seite 11 Zeile 8 (der ersten Abhandlung): Die Anführung von Birkmeyer ist unrichtig, da derselbe nicht die letzte, sondern die wirksamste Bedingung als Ursache ansieht.